

**LES CONFLITS DE LOIS EN MATIÈRE
D'OBLIGATIONS CONTRACTUELLES,
SELON LA JURISPRUDENCE ET LA DOCTRINE
AUX ÉTATS-UNIS**

THÈSE

PRÉSENTÉE A LA FACULTÉ DE DROIT
DE L'UNIVERSITÉ DE NEUCHÂTEL
POUR OBTENIR LE GRADE DE DOCTEUR EN DROIT

PAR

Raymond JEANPRÊTRE

Licencié en droit



LYON

BOSC Frères, M. & L. RIOU

IMPRIMEURS-ÉDITEURS

42, Quai Gailleton, 42

—
1936

**Les conflits de lois en matière d'obligations
contractuelles, selon la jurisprudence et la
doctrine aux Etats-Unis.**

**LES CONFLITS DE LOIS EN MATIÈRE
D'OBLIGATIONS CONTRACTUELLES,
SELON LA JURISPRUDENCE ET LA DOCTRINE
AUX ÉTATS-UNIS**

THÈSE

PRÉSENTÉE A LA FACULTÉ DE DROIT
DE L'UNIVERSITÉ DE NEUCHÂTEL
POUR OBTENIR LE GRADE DE DOCTEUR EN DROIT

PAR

Raymond JEANPRÊTRE

Licencié en droit



LYON
BOSC Frères, M. & L. RIOU
IMPRIMEURS-ÉDITEURS
42, Quai Gailleton, 42

—
1936

La Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel, sur le rapport de M. le professeur Säuser-Hall, autorise la publication de la thèse de M. Raymond Jeanprêtre ayant pour titre :
« *Les conflits de lois en matière d'obligations contractuelles selon la jurisprudence et la doctrine aux Etats-Unis.* »

La Faculté ne donne ni approbation, ni improbation aux opinions émises, ces opinions devant être considérées comme propres à leur auteur.

Neuchâtel, le 11 janvier 1936.

Le Doyen de la Faculté de droit :

Claude DU PASQUIER.



A MES PARENTS

R. J.



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41555018_0003

Les conflits de lois en matière d'obligations contractuelles, selon la jurisprudence et la doctrine aux Etats-Unis.

INTRODUCTION

Il existe, parmi les auteurs qui traitent la question des conflits de lois en matière d'obligations contractuelles, une sorte de tradition à laquelle nous voulons immédiatement nous conformer. Cette tradition consiste à déclarer dès l'abord que notre sujet est le plus difficile du droit international privé. Savigny déjà, à propos du « siège » de l'obligation, déclarait que cette question présentait plus de difficultés et d'ambiguïtés que toute autre ⁽¹⁾. Depuis la publication du « *System des heutigen römischen Rechts* », la situation semble avoir encore empiré, et l'on pourrait remplir plusieurs pages de citations d'auteurs qui déplorent la complexité extrême du problème ⁽²⁾.

Nous nous sommes demandés ce qu'il en était aux Etats-Unis ? La situation n'y est malheureusement guère plus encourageante. Il y a un siècle, Story, malgré toute son assurance, devait déjà concéder que dans un sujet aussi complexe, bien des questions embrouillées et difficiles restaient encore à régler ⁽³⁾. A lire les auteurs américains modernes, on voit que

(1) *System des heutigen römischen Rechts*, 8, p. 201.

(2) Cf. par ex. Arminjon, *Précis*, 2, p. 236 ; Niboyet, *Rec. cours*, 17, p. 5 ; Walker, *Internationales Privatrecht*, p. 331 ; Frankenstein, *Internationales Privatrecht*, 2, p. 123 ; Sauser-Hall, *Zeit. f. schw. Recht, N. F.*, 44, p. 271 a ; etc.

(3) *Commentaries on the conflict of laws*, p. 193.

ces questions n'ont toujours pas reçu de solution claire et définitive, loin de là ; ils sont au contraire unanimes à se plaindre de la confusion et de l'incertitude qui règnent dans cette branche du droit ⁽⁴⁾.

La difficulté du sujet n'a du reste pas rebuté les auteurs : il n'y a pas de point du droit international privé dont la littérature soit plus abondante. Chaque année, les traités, les revues juridiques et les thèses alimentent la discussion d'arguments nouveaux, et si la complexité ou l'intérêt du problème ont attiré les auteurs, la littérature juridique, « vrai labyrinthe de doctrines et d'opinions diverses » ⁽⁵⁾, a augmenté à son tour la confusion des idées. En d'autres termes, nous nous débattons dans un cercle vicieux : plus le sujet est difficile, plus les auteurs sont prolifiques, et la difficulté croît en raison directe de l'abondance de la littérature.

Ceci étant, nous n'avons pas la prétention de résoudre le problème de la loi applicable aux obligations. Nous nous bornerons seulement à apporter quelques précisions à certains aspects du sujet, espérant ainsi contribuer — fût-ce pour une part infiniment modeste — à la solution définitive de la *famossissima questio*.

Nous voulons dès maintenant fixer nettement les limites de notre travail. Tout d'abord, il n'est pas question d'embrasser ici tout le droit des obligations ; nous nous concentrerons sur la question de la validité des contrats en général, c'est-à-dire sur le problème de l'existence même de la convention, problème qui est à la fois le plus important et le plus délicat du domaine des obligations contractuelles en droit international privé. C'est ainsi que nous étudierons la loi applicable au consentement des parties, à l'objet du contrat, à la *considération* de l'obligation en droit anglo-saxon, de même qu'aux éléments qui peuvent entraîner la nullité ou l'annulation du contrat (taux d'intérêt usuraire, contrat de jeu ou de pari, etc., etc.).

(4) Cf. par ex. Beale, *Harv. L. R.*, 23, p. 1; Lorenzen, *Yale L. J.*, 30, p. 565; Goodrich, *Handbook*, p. 228; Minor, *Conflict of laws*, p. 356, etc.

(5) Walker, *op. cit.*, p. 331.

D'autre part, notre étude n'est pas un travail de droit comparé, mais bien de droit américain, ou, plus exactement, de *common law* américain (seront donc laissées de côté les solutions en vigueur en Louisiane, où l'influence du droit civil français est encore prépondérante). Pour l'intelligence du droit moderne, des explications de caractère historique sont nécessaires, aussi devons-nous consacrer un certain nombre de pages à l'évolution du droit international privé sur le point qui nous intéresse. Ensuite viendront les chapitres consacrés au droit positif proprement dit, puis aux auteurs américains qui ont commenté ce droit et qui se proposent de l'améliorer. Pour finir, nous reprendrons, au point de vue critique, les solutions américaines, en nous aidant pour cela des contributions apportées au droit international privé par les législations, les jurisprudences et les opinions doctrinales européennes. Le plan de ce travail sera donc le suivant :

- 1° L'origine historique des règles américaines sur les conflits de lois en matière d'obligations contractuelles.
- 2° Exposé du droit positif.
- 3° La doctrine moderne aux Etats-Unis.
- 4° Examen critique des solutions américaines.

Ajoutons encore que dans cette dernière partie, nous nous sommes étendus assez longuement sur le rôle de l'autonomie de la volonté dans les conflits de lois en matière d'obligations contractuelles, plus longuement peut-être que ne l'exigeait un simple examen critique des solutions américaines. Si nous n'avons pas craint de sortir un peu sur ce point du cadre strict que nous nous étions tracés, c'est tout d'abord parce que ce problème est indéniablement l'un des plus intéressants de tout le droit international privé. En outre, depuis Dumoulin et D'Argentré, la littérature juridique concernant la théorie de l'autonomie n'a cessé de s'enrichir, multipliant et variant sans cesse les divers aspects du problème ; il devient dès lors impossible de le traiter sans consacrer bon nombre de pages aux théories des auteurs qui ont amené la question de l'autonomie à son développement actuel. Enfin, même dé-

pouillée de tout l'appareil doctrinal qui la surmonte, la théorie de l'autonomie reste singulièrement riche en problèmes délicats et difficiles qui exigent d'être traités soigneusement et qui méritent, croyons-nous, les quelques pages supplémentaires que nous leur avons consacrées.

TITRE I

L'ORIGINE HISTORIQUE DES REGLES AMERICAINES SUR LES CONFLITS DE LOIS EN MATIERE D'OBLIGATIONS CONTRACTUELLES

La méthode suivie pour exposer l'histoire de la question qui nous occupe est exactement à l'opposé de celle nécessitée par l'étude de ces mêmes problèmes historiques. Cela n'est du reste que très naturel. La donnée du problème, c'est le droit positif actuel. De citation en citation, de référence en référence, on monte peu à peu des arrêts et des auteurs modernes à des jugements et à des jurisconsultes plus anciens. Pousant l'étude plus loin, on voit références et citations converger sur quelques arrêts, sur deux ou trois traités. Peu à peu, l'autorité d'un juge, l'influence d'un auteur se dessinent plus nettement. Pour finir, l'étudiant arrive à tracer la route qui, traversant plusieurs siècles d'histoire du droit, relie les vieux principes aux idées modernes, le chemin qui rattache tel jugement newyorkais ou californien de 1936 aux statutaires français ou hollandais du xvi^e siècle. Mais étudier un sujet n'est pas l'exposer. Pour l'exposition, nous suivrons la voie logique qui va des causes aux effets, des origines aux conséquences. Nous débiterons par les auteurs qu'on découvre en dernier dans le processus des recherches historiques. D'influence en influence, nous verrons comment, par les idées juridiques du

xvi^e siècle, on arrive à éclairer, à expliquer et à comprendre certains aspects de la vie juridique d'aujourd'hui. Mieux comprendre le droit moderne, tel est le but de cette incursion dans l'histoire du droit, la seule raison d'être des quelques chapitres qui suivent.

CHAPITRE PREMIER

HUBER ET L'ECOLE DES STATUTAIRES HOLLANDAIS

Il peut sembler curieux au juriste européen de commencer une introduction historique aux conflits de lois en matière d'obligations contractuelles par un autre nom que celui de Dumoulin. En effet, l'auteur de la célèbre formule *jus est in taciter et verisimiliter mente contrahentium* ⁽¹⁾ est en général reconnu comme celui qui le premier appliqua le principe de l'autonomie de la volonté à notre science ⁽²⁾, et il eut sur son développement l'influence que l'on sait. Cependant, la théorie de l'autonomie telle qu'elle est reconnue par une partie importante de la jurisprudence anglo-américaine, n'a pas son origine dans l'œuvre de Dumoulin, tout au moins pas directement. C'est dans l'école des statutaires hollandais du xvii^e siècle que juges et auteurs anglo-saxons ont cherché leurs sources. Ce sont les Voet et surtout Huber et son *De conflictu legum* qui ont exercé sur cette branche du *common law* une influence prépondérante.

Les causes de cette influence de l'Ecole statutaire hollandaise sur le droit international privé anglo-américain sont du reste fort discutées. On prétend — et c'est l'explication la plus fréquemment proposée — que cette introduction des

(1) Dumoulin, *Opera* (1681), 3, p. 554.

(2) Laine, *Introduction au droit international privé*, 1, p. 228; Meili, Argentraeus und Molinaeus, *Zeitschrift für Internationales Privat- und Strafrecht*, 5, p. 367; Caleb, *Essai sur le principe de l'autonomie de la volonté en droit international privé*, p. 134; Niboyet, *La théorie de l'autonomie de la volonté*, *Rec. cours*, 16, p. 9.

doctrines hollandaises en Grande-Bretagne est due aux séjours d'étude que faisaient aux Pays-Bas les juristes anglais et écossais : ces étudiants ramenaient chez eux les idées de leurs maîtres. Le fait que Guillaume III (1650-1702) était à la fois roi d'Angleterre et stadhouder de Hollande n'est peut-être pas étranger non plus à cette réception ⁽³⁾. Pour M. Lorenzen ⁽⁴⁾, la doctrine fondamentale de l'Ecole hollandaise (principe de la territorialité des lois, mitigée par la *comity*) constituait

« un point de vue qui seul était acceptable au *common law* d'Angleterre, qui, étant donné la forte influence de la féodalité, possédait un caractère territorial des plus prononcés. »

En ce qui concerne Huber, M. Beale ⁽⁵⁾ attribue son succès en Amérique

« surtout à la clarté et à la concision de son ouvrage, et à la facilité de son application dans une république fédérative. »

Quelles qu'en soient les causes — et à notre avis celles proposées par la doctrine doivent être combinées plutôt qu'opposées — l'influence des Hollandais en Angleterre est un fait, un fait de la plus haute importance et dont nous avons à tenir compte.

Huber — sans être le plus important des statutaires hollandais — est cependant celui d'entre eux qui exerça en pays anglo-saxon, l'influence la plus directe.

« Les doctrines de Huber, écrit à ce propos M. Beale ⁽⁶⁾, n'ont jamais été populaires en France. Weiss, qui consacre de longs passages à des génies oubliés, expédie Huber dans une note, et Laurent, dans une section intitulée « Jean Voet et Huber », accorde 28 pages à Voet et 4 lignes à Huber. Et cependant, parmi les anciens auteurs, c'est Huber dont l'influence a été la plus forte sur les auteurs anglais et américains. »

(3) Meili, *Internationales Privat- und Handelsrecht*, 1, p. 105.

(4) Huber's *De conflictu legum*, *Illinois Law Review*, 13, p. 394.

(5) *Treatise*, p. 42.

(6) *Treatise*, p. 42.

Si son influence fut plus nette que celle même de Jean Voet, le plus illustre des statutaires hollandais, cela tient sans doute à l'accessibilité de son œuvre. Selon Lainé ⁽⁷⁾, Huber composa un système

« ...fait de brèves et frappantes formules, non de dissertations éloquentes. Chez lui, peu ou point de discussion, mais des principes déclarés incontestables ou rapidement motivés, appliqués aux diverses parties du droit. »

Il est évident qu'une œuvre composée de la sorte attirera plus aisément l'attention que des remarques comme celles de Jean Voet, noyées dans ses *Commentarii ad Pandectas*. Comme le remarque M. Lorenzen ⁽⁸⁾, Jean Voet

« ... n'insista pas sur cette partie de sa doctrine (le droit international privé) ; on la perdit de vue dans son volumineux commentaire des Pandectes, et elle exerça relativement peu d'influence sur le droit des pays étrangers. »

C'est à Huber que nous allons donc consacrer la majeure partie de nos recherches. Dans ses *Praelectiones juris civilis*, Huber a consacré au droit international privé 10 pages seulement, mais selon l'expression de Lainé ⁽⁹⁾, ces 10 pages

« ont eu autant de poids que 10 volumes. »

Voyons donc comment notre auteur traite la question des obligations contractuelles en droit international privé. Il pose tout d'abord le principe suivant ⁽¹⁰⁾ :

« ...contractus celebrati secundum jus loci, in quo contrahuntur, ubique tam in jure quam extrajudicium, etiam ubi hoc modo celebrati non valerent, sustinentur ; idque non tantum de forma, sed etiam de materia contractus affirmandum est. »

Par cette phrase, Huber semble soumettre les contrats — tant pour le fond que pour la forme — à la loi du lieu de

(7) *Op. cit.*, 2, p. 77.

(8) Validity and effects of contracts in the conflict of laws. *Yale L. J.*, 30, p. 574. V. aussi, dans le même sens, Surville, *Etude de droit international privé*, *Revue critique de législation et de jurisprudence* (N. S.), 17, p. 174.

(9) *Op. cit.*, 2, p. 96.

(10) *De conflictu legum*, § 5.

conclusion. Telle n'est cependant pas sa règle générale de solution des conflits de loi en matière d'obligations contractuelles. Cette applicabilité de la *lex loci contractus* ne vaut en effet que pour les contrats dont la conclusion et l'exécution ont lieu dans le même état ; ici, la loi du lieu de conclusion est en même temps loi du lieu d'exécution. Huber envisage dans ce passage ce que M. Jitta eût appelé une relation « locale étrangère », un rapport entièrement contenu dans la sphère d'un système juridique étranger. Ce qui nous intéresse ici, ce n'est donc pas tant l'applicabilité de la *lex loci contractus* (puisque'elle est en même temps *lex loci executionis*), mais bien le principe de la non-applicabilité de la *lex fori*. C'est l'idée de l'application extra-territoriale du statut contractuel qui est importante dans cette première règle de Huber. Cette dérogation au principe de la territorialité s'opère en vertu de la doctrine fameuse de l'Ecole hollandaise, celle de la *comitas gentium*. Cette doctrine, Huber l'a exprimée dans la formule bien connue ⁽¹¹⁾ :

« Rectores imperiorum id comiter agunt, ut jura cujusque populi intra terminos ejus exercita, teneant ubique suam vim, quatenus nihil potestati aut juri alterius imperantis ejusque civium præjudicetur. »

Mais quelle est l'opinion de Huber sur les contrats conclus dans un état et exécutoires dans un autre, c'est-à-dire les contrats où des points de rattachement aussi importants que le *locus contractus* et le *locus executionis* ne se confondent pas ? Ce sont ces contrats-là qui nous intéressent, car pratiquement, ce sont les conventions de cette catégorie qui soulèvent le problème de droit international privé qui forme le sujet de cette étude. Laissons parler Huber lui-même ⁽¹²⁾ :

« Verumtamen non ita præcise rescipiendus est locus, in quo contractus est initus, ut si partes alium in contrahendo locum respexerint, ille non potius sit considerandus. »

(11) *De conflictu legum*, § 2.

(12) *Eod. loc.*, § 10.

Et il s'appuie sur un texte du droit romain : ⁽¹³⁾

« *Contraxisse unusquisque in eo loco intellegitur, in quo ut solveret, se obligavit.* »

Ces quelques mots de Huber, *si partes alium in contrahendo locum respexerint*, vont dominer toute l'histoire de notre sujet.

Ils sont à notre avis susceptibles de deux interprétations différentes, et nous avons l'impression que les lecteurs anglosaxons de Huber n'ont pas eu à cet égard toute la prudence nécessaire. En effet, lorsque notre auteur rejette la *lex loci contractus* « quand les parties ont eu en vue un autre lieu », veut-il dire par là : « un autre lieu, dont la loi régira le contrat », ou : « un autre lieu pour l'exécution du contrat que celui de sa conclusion » ? Si l'on adopte la première interprétation, Huber fait allusion à une clause de compétence, à une *professio juris*, et reconnaît le droit des parties de choisir la loi applicable à la convention (la *lex loci executionis* étant applicable à titre de règle subsidiaire). Il devrait donc être rangé parmi les partisans de la théorie de l'autonomie. Si au contraire on préfère la seconde interprétation, la règle de Huber n'est autre que celle de l'application pure et simple de la loi du lieu de conclusion.

Le texte *contraxisse*, du Digeste, sur lequel s'appuie Huber, n'est pas non plus d'un grand secours. Dire « que chacun est sensé avoir contracté au lieu d'exécution », cela peut signifier ⁽¹⁴⁾ :

a) Que la loi applicable est la *lex loci solutionis*, conformément à la volonté des parties. Mais cette mention de la volonté

(13) *Dig.*, 44, 7. De obl. et act., § 21.

(14) Il va de soi que dans notre analyse du texte *contraxisse*, notre seul but est de montrer l'incertitude de son autorité comme source de droit international privé. Peu nous importe ce que voulait réellement dire le jurisconsulte cité par le *Digeste*. V. Waechter, commentant le texte *contraxisse* (D. 44, 7, 21) et le texte *contractum autem* (D. 42, 5. De reb. auct. jud. 3) expose qu'ils visaient une question de juridiction. *Archiv. f. civilist. Praxis*, 25 (1842), p. 42-43. V. aussi Lorenzen, *Yale L. J.* 30, p. 604.

des parties n'est donnée que comme explication ou comme justification de la règle, les parties étant présumées *juris et de jure* avoir choisi la *lex solutionis*. Dès lors, si l'intention est ainsi soumise à une présomption péremptoire, autant n'en pas parler et déclarer simplement que la loi du lieu d'exécution est applicable.

b) Le texte *contraxisse* peut aussi être interprété comme signifiant que l'intention des parties est sensée se porter sur la *lex loci solutionis*. Nous n'aurions alors ici qu'une *presumptio juris tantum*, susceptible d'être renversée par l'administration de la preuve contraire ; notre texte accorderait alors la primauté à la volonté des contractants, et n'ordonnerait qu'*in dubio* l'application de la loi du lieu d'exécution.

Les idées, ou plutôt les formules d'Ulrich Huber seront du reste reprises en bloc, cent ans plus tard par le juge anglais Lord Mansfield, deux cents ans plus tard par Story, et trois cents ans plus tard, elles fleuriront encore dans la jurisprudence américaine. Les incertitudes de méthode et d'expression de Huber ont certainement contribué à former la confusion qui règne aujourd'hui dans notre domaine. Première incertitude : la solution qui donne pour règle générale la loi du lieu de conclusion, lorsqu'il s'agit exclusivement de contrats conclus et exécutoires dans le même état, et que la loi du lieu de conclusion est en même temps loi du lieu d'exécution. Autre incertitude : l'expression qui nous laisse ignorer si la règle de la *lex loci solutionis* est une règle absolue, d'application directe, où si elle n'est qu'une solution éventuelle, applicable subsidiairement à la loi d'autonomie.

Si nous nous sommes surtout attardés au *De conflictu legum* de Huber, c'est que, comme nous l'avons vu plus haut, cette œuvre est la plus importante de la doctrine hollandaise, au point de vue de l'influence sur le droit américain. En ce qui concerne les Voet, quelques citations suffiront à marquer les positions. Ainsi Paul Voet fait allusion à la volonté des parties quand il écrit ⁽¹⁵⁾ :

(15) *De statutis*, 9, 2, § 10 (p. 269).

« Quod si de ipso contractu quaeretur... spectandum est loci statutum, ubi contractus celebratur... quod ei contrahentes semet accomodare præsumentur. »

Jean Voet se rattache également, sous certaines réserves, à la théorie de l'autonomie de la volonté ⁽¹⁶⁾. Tous deux, comme Huber, soumettent tout ou partie du contrat à la *lex loci solutionis*, ce qui permettra plus tard à Story d'établir sa règle de la loi du lieu d'exécution, en tant que loi choisie par les parties ⁽¹⁷⁾. Ainsi Paul Voet déclare ⁽¹⁸⁾ :

« Hinc ratione effectus, et complementi ipsius contractus, spectatur ille locus, in quem destinata est solutio. »

Jean Voet, de son côté, semble traiter le sujet comme Huber, en distinguant entre les contrats conclus et exécutoires dans un même état, et ceux dont le lieu de conclusion et le lieu d'exécution sont dans des états différents. C'est ainsi qu'il écrit ⁽¹⁹⁾ :

« Si tamen contractus implementum non in ipso contractus loco fieri debeat, sed ad locum alium sit destinatum, non loci contractus, sed implementi, leges spectandas esse ratio suadet. »

En résumé, les maîtres de l'Ecole hollandaise, Paul Voet, Huber et Jean Voet, professent de façon plus ou moins définie que les contrats sont régis par la théorie qui reçut plus tard le nom de doctrine de l'autonomie de la volonté.

On peut se demander d'où ces auteurs ont tiré cette règle. Il est généralement admis que l'Ecole des statutaires hollandais a repris et développé les doctrines de D'Argentré. D'autre part, c'est Dumoulin, et non pas le Breton, qui est considéré comme l'auteur de la théorie de l'autonomie. Une rapide étude des principaux passages des œuvres de Dumoulin et D'Ar-

(16) *Ad Pandectas*, 1, 4, 2^e partie, N° 18. (p. 48). V. aussi : Michel, *La prescription libératoire en droit international privé*, p. 41 et Lorenzen, *Yale L. J.*, 30, p. 574.

(17) *Commentaries on the conflict of laws*, p. 284 et n. 5.

(18) *De statutis*, 9, 2, § 12, p. 270.

gentré, sur le chapitre des obligations contractuelles, nous permettra de mieux comprendre le problème.

La théorie de l'intention ⁽²⁰⁾, Dumoulin l'avait présentée tout d'abord à propos de régime matrimonial, dans le fameux *Consilium LIII*, ou consultation dans l'affaire de *Ganey* ⁽²¹⁾. Plus tard, il reprenait le principe dans son commentaire du Code de Justinien. Il distingue entre le fond et la forme des actes juridiques. Traitant d'abord de la forme, il déclare ⁽²²⁾ :

« Aut statutum loquitur de his quæ concernunt nudam ordinationem vel solemnitatem actus, et semper inspicitur statutum vel consuetudo loci, ubi actus celebratur. »

Ayant ainsi affirmé le principe *locus regit actum*, il passe de la forme au fond ⁽²³⁾ :

« Aut statutum loquitur de his quæ meritum scilicet causæ vel decisionem concernunt et tunc aut in his, quæ pendent a voluntate partium, vel per eas immutari possunt, et tunc insciuntur circumstantiæ voluntatis, quarum una est statutum loci in quo contrahitur; et domicilii contrahentium antiqui vel recentis, et similes circumstantiæ. »

Ici, la doctrine de Dumoulin est parfaitement claire. Le fond du contrat dépend de la volonté des parties. Pour dégager cette volonté, il faut examiner les circonstances de l'espèce, comme le lieu de conclusion du contrat, le domicile actuel ou passé des parties, etc. Il faut souligner la technique juridique de Dumoulin ; faute d'une volonté expresse des contractants, il propose de la rechercher en jugeant toutes les circonstances de la cause. Les Hollandais au contraire, s'ils admettent la loi d'autonomie, présument tout de suite que les parties ont eu en vue la loi du lieu d'exécution.

Il réfute ensuite vigoureusement les auteurs qui se basaient

(19) *Ad Pandectas*, 4, 1, § 29, p. 238, col. 2.

(20) V. d'une façon générale, Lainé, *op. cit.*, 1, p. 228 ss. ; Caleb, *op. cit.*, p. 134 ss. et Michel, *op. cit.*, p. 29 ss.

(21) Dumoulin, *op. cit.*, 2, p. 963 ss. ; V. surtout les §§ 2 à 4, p. 964.

(22) *Op. cit.*, 3, p. 554, col. 1.

(23) *Op. cit. eod. loc.*

sur le texte *si fundus* ⁽²⁴⁾, emprunté au Digeste, pour établir la compétence de la *lex loci contractus* ⁽²⁵⁾ :

« Et advertendum quod doctores pessime intelligunt legem si fundus de evict... Quia putant ruditer et indistincte quod debeat ibi inspicere locus et consuetudo, ubi fit contractus, et sic in loco contractus. »

Et il achève les *doctores* par cette formule péremptoire :

« ...quod est falsum; quinimo jus est in tacita et verisimiliter mente contrahentium. »

Quelles allaient être, vis-à-vis de la doctrine molinienne, les réactions de D'Argentré, dont Bouhier nous dit ⁽²⁶⁾, à tort peut-être ⁽²⁷⁾, qu'il

« ...entra ensuite dans cette carrière avec grand appareil, mais aussi avec une démangeaison trop marquée de contredire les sentiments de Dumoulin. »

Il faut noter tout d'abord, comme le fait Lainé ⁽²⁸⁾, que la glose de l'art. 218 de la Coutume de Bourgogne, où nous trouvons la doctrine de D'Argentré, a été publiée après le *Consilium LIII* de Dumoulin, mais avant son Commentaire sur le Code. La théorie du *Consilium LIII* est violemment prise à partie et nettement réfutée par D'Argentré ⁽²⁹⁾, dans un débat qui, selon Lainé ⁽³⁰⁾,

« par l'importance de la question et le talent des orateurs peut être compté parmi les causes célèbres de notre ancien droit. »

(24) « Si fundus venierit et consuetudine ejus regionis, in quæ negotium gestum est, pro evictione cavere oportet. » (*Dig.*, 21, 2. De evict. et dupl. stipul. 6).

(25) *Op. cit.*, 3, p. 554, col. 2.

(26) Cité par Caleb, *op. cit.*, p. 134.

(27) Lainé (*op. cit.* I, p. 313) proteste contre ce jugement.

(28) *Op. cit.*, 1, p. 313.

(29) *Commentarii in Patriæ Britonum leges*, p. 684 ss. (Art. 218, glose 6, §§ 32 ss.).

(30) *Op. cit.* 1, p. 334.

Mais on se souvient que le *Consilium LIII* portait sur le régime matrimonial, et c'est sur ce point seul que porte le débat. Quelle était donc l'opinion de D'Argentré sur les contrats d'une façon générale ? Le paragraphe 2 de la glose *De statutis personalibus et realibus* répond partiellement à notre question : ⁽³¹⁾

« Cum de rebus soli, id est immobilibus agitur, qu'ils appellent d'héritage, et diversa diversarum possessionum loca et situs proponuntur, in acquirendis, transferendis, aut afferendis dominiis, et in controversia est quo jure regantur, certissima usu observatio est id jus de pluribus spectari quod loci est. ...Sic in contractibus, sic in testamentis, sic in commerciis omnibus, et loci conveniendi constitutum : ne contra situs legem in immobilibus quidquam decerni possit privato consensu, et par est sic judicari. »

Plus loin, D'Argentré, passant des immeubles aux meubles, poursuit ⁽³²⁾ :

« Sed alia ratio est de personarum jure, in quo et mobilia continentur, quia talia non alio jure habentur quam persona ipsa ; et ideo legem ab domicili loci capiunt. »

Nous voyons donc que dans le système de D'Argentré, la *lex rei sitæ* s'applique en matière d'immeubles, même aux contrats (*sic in contractibus*) ; contre elle, la volonté des particuliers ne saurait avoir aucun effet (*ne contra situs legem... quidquam decerni possit privato consensu*). En matière de meubles, c'est la *lex domicili* qui régit le contrat.

Mais tout cela ne répond pas à notre question : quelle est la loi générale qui régit les contrats dans le système de d'Argentré ? Le Breton ne nous donne pas de réponse. Voici comment M. Michel ⁽³³⁾, soutenu en cela par M. Niboyet ⁽³⁴⁾, commente ce silence :

(31) D'Argentré, *op. cit.*, p. 675, col. 1 et 2.

(32) *Op. cit.*, p. 675, col. 2.

(33) *Op. cit.*, p. 35.

(34) Article *Autonomie de la volonté*. Répertoire 2, p. 243.

« Mais s'il faut apprécier un contrat qui par lui-même n'est ni meuble ni immeuble, ... par quelle loi décider ? Ici, la division de tous les statuts en deux classes apparaît nettement comme insuffisante ; et cela est si vrai que d'Argentré, pour ne pas détruire l'harmonie de son système, est obligé d'éliminer de son système, le droit des obligations... »

Maintenant que nous avons rapidement passé en revue les théories de Dumoulin et de l'Argentré, en laissant surtout parler les textes, revenons à notre question initiale : quelles étaient les sources de Huber et des Voet ? Nous avons vu plus haut que les trois grands statutaires hollandais se sont surtout inspirés du Breton, par l'entremise de Bourgoigne. Comment se fait-il donc qu'ils aient plus ou moins accepté la théorie de l'autonomie dont d'Argentré n'était certainement pas partisan ? Auraient-ils sur ce point suivi Dumoulin plutôt que son illustre adversaire ? Ce problème historique n'a pas, à ma connaissance, fait l'objet d'une étude approfondie, étude du plus haut intérêt, mais que dépasse le cadre de cette étude.

Surville ⁽³⁵⁾, l'un des rares auteurs français qui soulèvent la question, constate que contrairement à ce qu'on aurait pu attendre, les Hollandais n'ont pas accepté sur le point qui nous intéresse, les idées de d'Argentré. Bien plus, M. Surville affirme que c'est vers Dumoulin qu'ils se sont tournés dans une mesure plus ou moins considérable. De même, aux Etats-Unis, M. Lorenzen soutient nettement qu'Huber et les Voet ont accepté la doctrine de Dumoulin ⁽³⁶⁾. Cette opinion, si curieuse qu'elle puisse paraître à première vue, me semble néanmoins fort plausible. Elle choque peut-être les idées reçues sur d'Argentré, Dumoulin, les statutaires hollandais et l'influence du premier sur les derniers ; néanmoins, comme nous n'avons pas rencontré de texte ou de critique doctrinale qui nous permette de l'infirmier, nous pouvons l'adopter jusqu'à preuve du contraire.

(35) *Op. cit. Revue critique* (N. S.), 17, p. 170-172.

(36) *Yale L. J.*, 30, p. 574 ; *Illinois L. R.*, 13, p. 365.

CHAPITRE II

L'AFFAIRE ROBINSON c. BLAND

L'arrêt rendu en 1760 par la Cour du Banc du Roi, dans l'affaire *Robinson c. Bland* ⁽¹⁾ est d'une importance capitale dans l'étude du droit anglo-américain sur le point qui nous intéresse. C'est par centaines que se comptent les citations dont ce jugement a été l'objet. Tout au long de notre étude, nous retrouverons le fameux *dictum* de Lord Mansfield :

« The law of the place can never be the rule, where the transaction is entered into with an express view to the law of another country, as the rule by which it is to be governed. »

Cette affaire est la première dans laquelle le problème de la validité des contrats en droit international privé s'est posé nettement devant une cour anglaise. Le respect des précédents, qui est à la base du *common law*, joint à la grande réputation de Lord Mansfield ont fait de l'affaire *Robinson c. Bland* le *leading case* par excellence dans le domaine des conflits de lois en matière d'obligations contractuelles.

Il s'agissait en l'espèce d'une dette de jeu contractée à Paris par un sujet britannique, Sir John Bland, envers un de ses compatriotes du nom de Robinson. Bland signa à Paris une traite à l'ordre de Robinson, payable à Londres et tirée sur lui-même. De retour en Angleterre, Robinson chercha à recouvrer le montant de la dette devant la Cour du Banc du Roi,

(1) 2 *Burr.*, 1077; 1 *W. Bl.*, 234, 256; 2 *Beale, Casebook*, 309.

Bland lui opposant l'exception de jeu du droit anglais. Après avoir consacré deux audiences à la discussion de l'affaire, le Banc du Roi débouta le demandeur à l'unanimité des trois juges. Le *Chief Justice*, Lord Mansfield, s'exprima de la façon suivante :

« Le demandeur ne peut recouvrer le montant de la traite pour trois raisons :

« 1° Les parties avaient en vue le droit anglais. La loi du lieu n'est jamais applicable quand les parties se sont référées expressément à un droit étranger, comme devant régir leur transaction. Huber (*Praelectiones*, lib. 1, 3, p. 34) est clair et net : *Verumtamen, etc. locus in quo contractus etc. potius considerand' etc.* se obligavit. Voet parle dans le même sens ⁽²⁾...

« 2° ...tout contrat dont l'objet (*subject-matter*) se rapporte territorialement à l'Angleterre, doit être régi par le droit anglais, et telle doit avoir été l'intention des parties...

« 3° L'affaire est hors de doute, puisque le droit est le même dans les deux pays. La traite... est nulle en Angleterre comme en France. »

Le juge Dennison se rallia à l'opinion de Lord Mansfield, quoique pour des raisons différentes :

« Cette affaire est simple, claire et brève. Les règles du *common law* sont applicables, et point d'autres... Le demandeur, en introduisant son action devant cette cour, en appelle aux lois de l'Angleterre. Ce sont elles qui doivent régir ses droits. »

Le juge Wilmot note également la similitude entre les lois françaises et anglaises. Il ajoute :

« Je ne puis m'empêcher de penser que quand une personne en appelle au droit anglais, elle doit accepter la protection judiciaire de ses droits (*remedy*) conformément à la loi anglaise à laquelle elle s'est adressée. »

Le premier considérant de Lord Mansfield consacre de façon éclatante la théorie de l'autonomie. Pour lui, pas d'hé-

(2) Lord Mansfield ne précise pas lequel des deux Voet supporte son opinion. Peut-être pensait-il au texte suivant de Paul Voet : « ...effectus, et complementi ipsius contractus, spectatur ille locus, in quem destinata est solutio. » (*De statutis* 9, 2, § 12, p. 270) ou à ce fragment de Jean Voet : « non loci contractus, sed implementi, leges spectandas esse ratio suadet. » (*Ad Pandectas*, 4, 1, § 29; p. 238.)

sitation ; les circonstances de la cause indiquant que les parties ont eu en vue le droit anglais, c'est le droit anglais qui est applicable. C'est ce premier considérant qui a fait la célébrité de l'arrêt : il n'est cependant pas seul. En effet, si le *Chief Justice* et les deux juges furent unanimes à prononcer la nullité de la traite signée par Sir John Bland, il faut noter néanmoins que l'unanimité sur le dispositif n'est pas l'unanimité sur les motifs. Les extraits de l'arrêt cité ci-dessus montrent que les juges de *Robinson c. Bland* recoururent, dans ce seul jugement, à la loi choisie par les parties, à la *lex fori* et à la *lex loci solutionis* ; en outre, étant donné la similitude des deux droits, il semble que les juges se demandèrent s'il valait bien la peine de trancher la question de savoir quelle loi était applicable. La diversité des avis, les contradictions qu'impliquent des considérants aussi variés, l'empressement avec lequel les juges, peu sûrs de leur raisonnement, couvrent leur décision en faisant remarquer que le résultat serait le même quelle que soit la loi applicable, tout dans ce jugement faisait souhaiter qu'il ne devînt pas un arrêt de principe important...

De plus, aux yeux des auteurs anglo-saxons, Lord Mansfield est coupable de négligence dans le choix de ses sources : il s'appuie sur Huber et Voet, c'est-à-dire des *civilians*. Le professeur Beale se montre sévère pour ce crime de lèse-*common law* ⁽³⁾ :

« Nous est-il permis de baser nos principes de conflit de lois sur des auteurs du droit civil ? On admet en général que cela ne doit pas se faire... Les principes du droit international privé sont, de façon absolue, des principes du droit national de chaque état. En ce qui nous concerne, ces relations sont résolues ou doivent être résolues conformément aux principes du *common law*. L'habitude introduite par Lord Mansfield, ou du moins par son temps, de se tourner vers les auteurs du droit civil, habitude qui fut suivie par plusieurs savants juristes américains pendant le premier tiers du XIX^e siècle, n'est pas de celles qui contribuent à préserver la pureté du *common law*. »

(3) What law governs the validity of a contract ? *Harv. L. R.*, 23, p. 7.

Il faut noter que sur ce point, la doctrine américaine n'est pas unanime. Ainsi, pour M. Lorenzen ⁽⁴⁾, une accusation comme celle portée par M. Beale contre Lord Mansfield ne serait pas justifiée ; elle présupposerait une conception toute théorique du *common law* ; de plus la carrière de la théorie de l'intention dans la jurisprudence serait assez longue pour lui assurer droit de cité dans le système juridique anglo-américain. Du reste, nous rappelant le développement si tardif du droit international privé en Angleterre, nous avouons excuser volontiers Lord Mansfield de s'être tourné si libéralement vers les auteurs du Continent. En effet, s'il ne cite aucun auteur anglais, s'il n'invoque aucun précédent d'une cour britannique, c'est pour la simple raison qu'à cette époque, les jurisconsultes anglais étaient muets sur la question, et que la jurisprudence n'existait pas. Un historien anglais du droit international privé, après avoir décrit l'évolution de la science des conflits de lois sur le Continent, des postglossateurs aux statutaires français et hollandais, cherche trace de cette évolution dans son propre pays :

Quel fut, se demande-t-il ⁽⁵⁾, durant cette époque, le rôle de l'Angleterre en ce qui concerne le droit international privé ? Absolument nul. A ma connaissance, il n'existe pas dans la bibliographie juridique anglaise un seul traité, ni même un essai ou un commentaire antérieur au xix^e siècle. Les jurisconsultes hollandais étaient peu connus ; on ne citait les auteurs français que par occasion. Jusqu'au milieu du xviii^e siècle, je ne vois en Angleterre aucune décision ou opinion qui semble révéler chez les hommes de loi anglais la conscience de l'existence de cette branche du droit... »

Quels que soient au reste les torts ou les mérites de Lord Mansfield, nous devons reconnaître que l'histoire a fait de l'arrêt *Robinson c. Bland* un *leading case* ; grâce au principe *stare decisis*, son influence n'a fait que grandir ; comme nous

(4) Story's commentaries on the conflict of laws - one hundred years after. *Harv. L. R.*, 48 (1934-35), p. 15.

(5) Harrisson, Le droit international privé ou le conflit des lois au point de vue historique, spécialement en Angleterre. *Clunet*, 1880, p. 417.

le disions plus haut, nous allons voir juges et auteurs en mal de précédent se jeter dorénavant sur la célèbre formule :

« La loi du lieu n'est jamais applicable quand les parties se sont référées expressément à la loi d'un autre pays comme devant régir leur transaction. »

CHAPITRE III

LES PREMIERS JUGEMENTS AMERICAINS

1800-1830

C'est en 1834, à Boston, que Story publia la première édition de ses *Commentaries on the conflict of laws*. Avant de passer à l'examen de l'œuvre du célèbre professeur de Harvard, nous aimerions passer en revue quelques jugements antérieurs à la publication de son œuvre. L'étude des décisions américaines du premier tiers du xix^e siècle nous permettra de nous rendre compte de l'opinion des juges de cette époque sur la question de la validité des contrats dans notre science. Soit directement, soit à travers l'œuvre de Story, cette opinion sera une source importante de la jurisprudence ultérieure.

Dans le Massachussetts, la Cour Suprême de cet état use dans l'affaire *Powers c. Lynch* (1) une formule qui va nous devenir familière. Après avoir établi que la règle générale était que les contrats devaient être soumis à la loi du lieu de conclusion, la Cour apporte à cette règle une exception, à vrai dire une exception si considérable qu'elle emporte la règle. En effet, selon le tribunal, la règle générale vaut

« ...à moins qu'il ne résulte de la nature du contrat ou d'autres faits que dans l'idée des parties, l'exécution du contrat est en rapport avec les lois d'un autre pays. »

(1) 3 Mass. 76.

En 1816, dans l'affaire *Prentiss c. Savage* ⁽²⁾, la même cour adopte le même principe comme étant de « doctrine incontestée ». Elle ajoute :

« Rien n'est plus conforme au sens commun et à la justice que l'adoption de l'intention probable des parties comme règle pour la construction des contrats. »

Le premier de ces arrêts semble mettre au premier plan la règle de la *lex loci solutionis*, le second celle de la loi d'autonomie ; il est dès lors difficile de dire vers laquelle de ces deux solutions vont les préférences de la cour.

La Cour Suprême de l'Etat de New-York donne le même son de cloche. En 1807, dans l'affaire *Smith c. Smith* ⁽³⁾, la Cour s'appuie sur le passage de Huber que nous avons cité, et sur l'arrêt *Robinson c. Bland* avant de rendre sa décision. Quelques années plus tard, nous rencontrons l'affaire *Thompson c. Ketcham* ⁽⁴⁾, l'un des plus importants de ces premiers jugements. A vrai dire, c'est une affaire portant sur la capacité des parties que nous avons ici, question qu'on distingue généralement de celle de la validité du contrat. Il s'agissait d'un billet de change signé à la Jamaïque par une personne mineure selon la loi locale, mais capable selon le droit de New-York, où le paiement devait apparemment avoir lieu. Mais la Cour, citant Lord Mansfield, tranche l'affaire selon les principes généraux, en déclarant :

« La *lex loci* est applicable, à moins que les parties aient eu en vue un lieu différent, en vertu des termes du contrat. »

En 1820, la Cour newyorkaise confirme cette manière de voir dans la cause *Fanning c. Consequa* ⁽⁵⁾, se basant sur le jugement récent de *Thompson c. Ketcham*, mais aussi sur l'autorité de Huber et de Lord Mansfield. Le tribunal semble avoir

(2) 13 Mass., 20.

(3) 2 Johns., 235, 241.

(4) 4 Johns., 283.

(5) 17 Johns. 511.

eu ici une vue plus nette de la théorie de l'intention que dans les affaires précédentes. Le jugement stipule :

« ...s'il résulte des termes ou de la nature du contrat que la convention était exécutoire dans un pays étranger ou que les parties avaient en vue le droit d'un autre état, le lieu de conclusion du contrat devient sans importance. »

En Pensylvanie (affaire *Hazelhurst c. Kean*) (6) nous trouvons en 1804 une référence à l'intention des parties, et en Caroline du Sud, la Cour Suprême de cet état base l'arrêt *M'Candish c. Cruger* (7) sur l'autorité respectée de *Robinson c. Bland*.

Quid des cours fédérales ? En 1812, Huber est à l'honneur dans l'affaire *Reimsdyk c. Kane* (8), où la Cour Fédérale pour le premier Circuit exprime l'opinion que la règle du statutaire hollandais :

« a été incorporée dans le droit national de tous les pays civilisés. »

La Cour Suprême des Etats-Unis s'abreuve aux mêmes sources que les cours des états. Dans l'affaire *Wayman c. Southard* (9) (1825), elle déclare en passant que :

« le principe selon lequel un contrat est régi par la loi en vue de laquelle il a été conclu... est un principe de droit universel. »

Dans l'importante cause *Cox c. The United States* (10), la Cour Suprême avait à trancher la question de savoir quelle loi était applicable à une caution signée par deux personnes à la Nouvelle-Orléans, mais dont le lieu d'exécution était à Washington. Les cautions étaient tenues conjointement selon le droit louisianais, mais solidairement selon le *common law* en vigueur dans le District de Columbia. Citant *Robinson c. Bland*

(6) 4 Yeates, 19.

(7) 2 Bay 377.

(8) 1 Gall. 371, 374.

(9) 10 Wheat, 1, 48.

(10) 6 Pet. 172; 2 Beale, *Casebook* 411.

et les causes newyorkaises de *Smith c. Smith* et de *Thompson c. Ketcham*, la Cour Suprême déclare que le *common law* est applicable, autrement dit la *lex loci solutionis*.

Comment caractériser le droit qui se dégage de ces divers jugements ? On a remarqué tout d'abord le grand nombre de références au *De conflictu legum* et à l'arrêt *Robinson c. Bland*, nombre qui justifie déjà partiellement ce que j'ai dit plus haut de l'influence de Huber et de Lord Mansfield. Un autre trait commun de ces premiers arrêts est la mention très répandue de la loi du lieu de conclusion comme « règle générale », dont la portée ne laisse pas que d'être assez vague. En outre, les tribunaux mentionnent souvent l'intention des parties comme règle de solution des conflits. Mais dans tous les cas, l'intention est présumée se porter sur la *lex loci solutionis*. Nous retrouvons ici le dilemme qui résultait de l'analyse des textes de Huber. Car, une fois de plus, à quoi bon invoquer l'intention des parties si elle est péremptoirement présumée être en faveur de la loi du lieu d'exécution ? Mais d'autre part, il est possible que les juges la mentionnent pour laisser une porte ouverte à une autre loi que celle du lieu d'exécution, se réservant de ne pas appliquer cette dernière dans des espèces ultérieures. Le principe de l'autonomie de la volonté aurait ainsi constitué pour ces juges l'élément déterminant.

La répétition régulière, automatique même, de la même notion, presque des mêmes mots, de jugement en jugement, fait qu'il est très difficile de dégager l'idée exacte que les juges américains du début du xix^e siècle se faisaient de la question, si tant est que cette idée exacte existait vraiment. Mais ce serait là une grave accusation à porter contre les auteurs de ces jugements, si l'on songe que dans l'affaire *Wayman c. Southard*, c'est le *Chief Justice* Marshall qui délivre l'opinion de la cour, dans la cause *Thompson c. Ketcham*, le chancelier Kent, l'illustre auteur des *Commentaries on American law*, et dans l'affaire *Reimsdyk c. Kane*, Story lui-même vingt ans avant la publication de son *Traité de droit international privé*. Marshall, Kent et Story, les trois plus grands noms de l'histoire de la

jurisprudence américaine, ceux à propos desquels le Doyen Pound écrivait ⁽¹¹⁾ :

« Si l'on veut rechercher quels hommes ont occupé une place importante dans l'élaboration de notre système juridique, je pense que tout le monde sera d'accord pour dire que trois noms dominant tous les autres ; ces noms sont ceux de Marshall, Kent et Story. Tout notre système juridique a subi leur influence... »

On comprend dès lors qu'il soit délicat pour un *civilian* de reprocher à trois jurisconsultes de cette envergure de ne pas avoir eu d'un point de *common law* une idée précise.

(11) Pound, Judge Story in the making of American law, *Cambridge Historical Society, Proceedings*, 7 (1914), p. 34 ss.

CHAPITRE IV

STORY ET SES "COMMENTARIES" ON THE CONFLICT OF LAWS" (1834) (1)

Story est incontestablement le plus illustre des auteurs américains du droit international privé (2). Juge à la Cour Suprême des Etats-Unis, professeur à l'Université de Harvard, il se distingua par ses écrits dans toutes les branches du droit. Dans le domaine du conflit des lois, Dicey a dit de lui qu'il avait systématisé — on pourrait presque dire créé — toute une branche du droit anglais (3). Son influence sur la doctrine et la jurisprudence anglo-saxonne fut considérable (4). « *Story on the conflict of laws* » fut pendant tout le xix^e siècle le livre de chevet des juges et des avocats américains, et il l'est peut-être encore aujourd'hui.

(1) Six ans avant la publication du traité de Story, le chancelier Kent avait publié ses illustres *Commentaries on American law*, dans lesquels il fait de brèves incursions dans le droit international privé. Ainsi, à propos des lettres de change, (*op. cit.*, éd. 1828, 3, p. 48) il expose le principe que la loi du lieu de conclusion régit le contrat, « à moins que les parties aient en vue un autre lieu comme lieu d'exécution, auquel cas la loi du lieu d'exécution est applicable. » C'est la règle qui se dégage plus ou moins de la jurisprudence américaine de son époque. Outre des arrêts américains, il cite Huber et l'affaire *Robinson c. Bland*.

(2) Sur Story et son influence, V. Pound, *The place of Judge Story in the making of American law*, *Cambridge Historical Society*, Proc. 7, p. 33 et Lorenzen, *Story's Commentaries on the Conflict of laws - One hundred years after*, *Harv. L. R.*, 48, p. 15.

(3) Cité par Pound, *op. cit.*, p. 48.

(4) Pour l'influence de Story sur la doctrine européenne (en particulier Savigny, Foelix et v. Bar), V. Beale, *Treatise*, p. 51 et Lorenzen, *Harv. L. R.*, 48, p. 28.

« On trouverait difficilement, écrit Harrison ⁽⁵⁾, une seule espèce en Amérique ou en Angleterre... qui ait été jugée sans référence à ce savant livre. »

Néanmoins, l'œuvre de Story est loin d'échapper à la critique, et avant de consulter le « *Conflict of laws* » sur le point précis qui nous intéresse, je crois utile de citer ici, en guise d'introduction, quelques extraits des pages excellentes que lui consacre Harrisson ⁽⁶⁾ :

« Le « Conflit des lois » de Story, quoiqu'il soit, sous certains rapports, le traité le plus important et peut-être le plus complet sur la matière, est d'autre part l'un des livres les moins scientifiques et les moins propres à former l'opinion qui puisse se trouver dans une bibliothèque juridique. C'est un vaste répertoire des solutions proposées sur toute espèce de sujet par tout écrivain auquel on puisse se référer ; et ces opinions hétérogènes, fondées sur une multitude de théories contradictoires, tirées d'auteurs de valeur absolument différente qui ont écrit pendant une période de cinq siècles, sont jetées ensemble comme des mots dans un dictionnaire, sans que l'auteur ait essayé de tirer quelques conclusions de la comparaison des autorités. Il semble suffisant à Story qu'un juriste ait fait une observation ; que cette remarque ait été faite sous le régime féodal de l'Europe au xiv^e siècle, ou par un juge américain appliquant le droit commun anglo-américain au xix^e siècle, peu importe ; il ne fait aucune différence. *Ita scriptum est* dit Story, et il se refuse de chercher à peser ces différentes opinions. »

Cette appréciation, sévère sans doute, de l'œuvre de Story, me paraît néanmoins peindre exactement l'impression qui se dégage de la lecture du grand professeur de Harvard. Au reste, la façon dont Story traite le sujet des obligations contractuelles en droit international privé sera le meilleur exemple de la justesse des remarques d'Harrisson.

Story consacre à notre sujet un long chapitre, intitulé : *Foreign contracts* ⁽⁷⁾. Il commence par examiner les deux fameux textes du droit romain, si souvent commentés par les

(5) *Op. cit. Clunet*, 7, p. 430.

(6) *Eod. loc.*, p. 431.

(7) *Commentaries on the conflict of laws* (1^{re} édition, Boston, 1834), p. 193 ss.

statutaires, le texte *si fundus venierit* ⁽⁸⁾ et le texte *contraxisse* ⁽⁹⁾. Il expose sur ce point les idées de Dumoulin, puis après avoir consacré de nombreuses pages aux théories de Boullenois, Maevius, Burgundus, Hertius et Huber ⁽¹⁰⁾, il pose sa première grande règle ⁽¹¹⁾ :

« D'une façon générale, la validité d'un contrat doit être déterminée d'après la loi du lieu où il a été conclu. S'il est valide dans ce lieu, il sera tenu pour valide partout ailleurs, par consentement tacite, et cela en vertu du droit des gens... Ce principe a reçu l'assentiment universel des tribunaux et des juristes, tant ici qu'à l'étranger.

La même règle s'applique vice-versa à la nullité des contrats; si un contrat est nul ou illégal de par la loi du lieu de la conclusion, il sera généralement considéré comme nul et illégal partout ailleurs.

Voilà, semble-t-il, une nette exposition du principe que la *lex loci contractus* régit la validité des contrats. Mais une trentaine de pages plus loin, Story précise sa doctrine ⁽¹²⁾ :

« La règle que nous avons vue suppose que suivant la volonté expresse ou tacite des parties, l'exécution du contrat doit avoir lieu à l'endroit même où il a été conclu. Mais lorsque le contrat stipule, expressément ou tacitement, qu'il doit recevoir son exécution dans un autre lieu, la règle générale est alors que le contrat, en ce qui concerne sa validité, sa nature, sa force

(8) Si fundus venierit et consuetudine ejus regionis, in qua negotium gestum est, pro evictione cavendi oportet. *Dig.* 22, 2. De evict. et dupl. stipul. 6.

(9) Contraxisse unusquisque in eo loco intellegitur, in quo ut solveret, se obligavit. *Dig.* 44, 7. De obl. et act., 21.

(10) Les références innombrables de Story aux juristes européens sont dues, en bonne partie tout au moins, à un fait assez trivial: Un juriste louisianais, Livermore (1786-1833), membre du barreau de la Nouvelle-Orléans et auteur d'un ouvrage (*Dissertations on the Questions which arise from the contrariety of the positive laws of different States and Nations*, 1828) qui fait de lui le plus ancien auteur de droit international privé en Amérique, possédait une riche bibliothèque d'ouvrages de droit européen. Il légua sa collection à l'Ecole de Droit de l'Université de Harvard au moment où Story, qui y enseignait, était en train de composer son traité. Story usa et abusa de ces vieux ouvrages, qu'il avait ainsi sous la main. Le Professeur Beale estime (*Treatise*, p. 21 et p. 49) que par son legs, « Livermore influença indirectement, mais profondément la pensée des juristes américains sur le sujet des conflits de lois. »

(11) *Op. cit.* § 232, p. 201.

(12) *Eod. loc.*, § 280, p. 233.

obligatoire et son interprétation, doit être régi par la loi du lieu d'exécution, conformément à l'intention présumée des parties. »

Story appuie cette déclaration sur le texte *contraxisse*, que nous venons de rencontrer, et sur un autre passage du Digeste ⁽¹³⁾. En plus, il cite le texte *Hinc ratione effectus* de Paul Voet et le texte *verumtamen* de Huber que nous avons analysés plus haut ⁽¹⁴⁾. Enfin, il achève d'étayer sa règle sur l'autorité de Lord Mansfield, dans l'affaire *Robinson c. Bland*, et par la citation d'une série de jugements américains, dont l'arrêt *Reimsdyk c. Kane* ⁽¹⁵⁾, qu'il avait lui-même rendu vingt ans auparavant, comme juge à la Cour Fédérale pour le 1^{er} Circuit.

Si l'on n'examine que superficiellement les deux règles de Story, on pourrait croire que l'auteur du *Conflict of laws* se contredit du tout au tout. En effet, il semble qu'au § 233, l'auteur fait régir la validité des contrats par la *lex loci contractus*, et au § 280 par la *lex loci solutionis*, ce qui serait proprement absurde. Non, cette contradiction n'existe pas, parce que Story applique des règles différentes à des cas différents. La difficulté ne réside pas ici dans le fond même de la pensée de notre auteur, mais dans la forme qu'il emploie ; c'est la méthode, ou plutôt l'absence de méthode qui nous déconcerte ici.

« Cette manière de traiter le sujet, écrit M. Beale ⁽¹⁶⁾, devait prêter à confusion, et, en fait, c'est à elle qu'est due en bonne part la diversité des opinions. »

Nous pourrions répéter ici les remarques faites plus haut ⁽¹⁷⁾ au sujet de Huber, qui traite ce sujet de la même façon compliquée, en donnant la *lex loci solutionis* comme l'exception à une règle générale, qui serait celle de la *lex*

(13) Contractum autem non ubique eo loco intellegitur, quo negotium gestum sit, sed quo solvenda est pecunia. *Dig.* 42, 5. De reb. auct. jud. possid. seu vend. 3.

(14) V. *supra*, p. 16, n. 12 et p. 19, n. 18.

(15) 1 Gall., 371, 374.

(16) *Harv. L. R.*, 23, p. 2.

(17) V. *supra*, p. 15 ss.

loci contractus. Ce terme d' « exception », le Chancelier Kent l'emploie même expressément quand il écrit ⁽¹⁸⁾ :

« Cette exception à l'application de la *lex loci* est plus que toute autre branche du sujet embrouillée par des distinctions et par des décisions discordantes. »

Nul n'a interprété ce passage de Story de façon plus nette et précise que le professeur Beale ⁽¹⁹⁾, quand il écrit :

« ...sa première règle revient à dire que la *lex fori* n'est pas applicable au droit ; la seconde, que la *lex loci solutionis* régit la validité... Il ne montre cependant pas que les deux règles sont applicables à des problèmes entièrement différents. La confusion ...a encore été augmentée par le fait qu'on a cité l'autorité de Story dans un sens ou dans l'autre, dans des affaires où son texte ne devait pas recevoir application. »

A ce défaut de méthode s'ajoute chez Story une ambiguïté dans l'expression de sa règle, analogue à celle que nous avons relevée chez Huber. En effet, la solution de Story pourrait se résumer comme suit : application de la *lex loci solutionis*, conformément à la volonté des parties. Nous nous posons alors la même question que nous nous posions après avoir étudié l'œuvre de Huber et les premiers jugements américains. Quelle est exactement la portée de cette référence à l'intention des parties ? Explication ou justification de la règle de la loi du lieu d'exécution ? Ou véritable règle de rattachement complétée par une présomption en faveur de la loi du lieu d'exécution ? La question est débattue en doctrine ⁽²⁰⁾, sans qu'il soit possible à notre avis d'arriver à une interprétation définitive du texte de Story. Ce qui est plus grave, c'est que toute la jurisprudence ultérieure se ressentira de cette imprécision des *Commentaries on the Conflict of laws* ⁽²¹⁾.

(18) *Commentaries on American law* (2^e édit. 1832), p. 459.

(19) *Harv. L. R.*, 23, p. 2.

(20) Sans être très sûrs de leur opinion, certains auteurs penchent pour la présomption péremptoire (Goodrich, *Handbook on the conflict of laws*, p. 237) d'autres pour la présomption *juris tantum* (Stumberg, *Conflict of laws, validity of contracts, Texas L. R.*, 10, 1931-32, p. 163).

(21) V. Lorenzen, *Yale L. J.*, 30, p. 578.

TITRE II

EXPOSE DU DROIT POSITIF

CHAPITRE PREMIER

GENERALITES

Exposer clairement le droit positif des Etats-Unis sur la question de la validité des contrats en droit international privé est une tâche assez malaisée.

Tout d'abord, nous nous heurtons aux difficultés inhérentes au problème même des conflits de lois en matière d'obligations contractuelles, dans n'importe quel système juridique, difficultés que j'ai exposées dans l'Introduction à cette étude. Il convient cependant de noter que les innombrables solutions proposées par la doctrine et la jurisprudence des différents pays du globe sont loin d'être toutes représentées — heureusement — dans le droit positif des Etats-Unis. Les décisions des cours américaines n'en hésitent pas moins entre trois lois susceptibles d'être appliquées :

- 1° la *lex loci contractus*
- 2° la *lex loci solutionis*
- 3° la loi choisie par les parties.

De plus, ces trois solutions ne sont pas opposées nettement les unes aux autres ; elles indiquent plutôt les tendances des

différentes juridictions. Nous reviendrons du reste plus loin sur cette question, que je me borne maintenant à signaler, comme compliquant notre tâche d'exposition du droit positif.

Après ces difficultés d'ordre général, voyons maintenant celles que nous réserve spécialement le droit américain. Elles tiennent surtout au fait que les Etats-Unis sont un état fédératif, dont le droit privé n'est pas unifié, comme il l'a été dans d'autres états fédératifs, tels que l'Allemagne, la Suisse, etc.

Les quarante-huit Etats de l'Union (sans compter le District Fédéral de Columbia et le Territoire de l'Alaska) forment autant de juridictions indépendantes en matière de droit privé. Si cette circonstance a contribué au développement du droit international privé aux Etats-Unis par le grand nombre d'affaires qui se présentent chaque jour devant les tribunaux américains, on conçoit néanmoins facilement les inconvénients d'une telle situation. En effet, cette abondance de juridictions indépendantes n'est pas faite pour faire régner l'uniformité et l'harmonie dans le système juridique des Etats-Unis. La Cour Supérieure de chaque Etat a une certaine tendance à ne suivre que ses propres précédents, et à établir ainsi sa propre jurisprudence, son propre droit. A côté des cours des Etats, les cours fédérales développent également leur jurisprudence particulière. Ce sont :

1° La Cour Suprême des Etats-Unis.

2° Les Cours d'appel fédérales (*Circuit Courts of Appeal*), chacune à la tête d'un *circuit* de trois à sept Etats, suivant les arrondissements.

3° Les Cours de district fédérales (*United States District Courts*).

4° Certaines juridictions spéciales, comme la *Court of Claims*.

L'appel de la Cour Supérieure d'un Etat à la Cour Suprême n'existe pas directement en matière de droit privé. Les Etats-Unis ne connaissent pas une disposition analogue à celle du droit suisse, qui permet au Tribunal Fédéral de revoir une

bonne partie des décisions cantonales en matière de droit international privé ⁽¹⁾.

La Cour Suprême a cependant un certain pouvoir de revoir les arrêts des Cours Supérieures des Etats en matière de droit international privé, par le truchement du droit constitutionnel. La Constitution des Etats-Unis prévoit que ⁽²⁾ :

« Le pouvoir judiciaire (des Etats-Unis) s'étendra à toutes les affaires... ayant leur source dans une disposition de la Constitution, ou dans une loi des Etats-Unis... »

Or deux dispositions de la Constitutions peuvent être interprétées comme donnant dans certains cas à la Cour Suprême la compétence nécessaire pour juger en appel les décisions des Etats en matière de conflit de lois. Ce sont la *full faith and credit clause* ⁽³⁾ et la *due process clause* ⁽⁴⁾. La première de ces dispositions tend à accorder à chaque Etat le respect de son droit dans les autres Etats de l'Union ; la seconde protège les droits individuels des citoyens, en cas de déni de justice. L'interprétation de la *full faith and credit clause* et de la *due process clause* constitue un des domaines les plus débattus et les plus touffus du droit constitutionnel américain. Qu'il nous suffise donc de savoir que la juridiction de la Cour Suprême dans le genre d'affaires qui nous occupe est relativement restreint. Il y a loin de ce genre de recours de droit public à l'appel ou au recours en cassation directs, de droit civil, tel qu'on les connaît dans les états unitaires, ou dans les états fédératifs dont le droit civil est unifié. Il ne faudra donc pas trop compter sur la Cour Suprême pour apporter au droit international privé des Etats-Unis l'uniformité dont il a tant besoin. Dans ses conclusions à une étude

(1) Art. 87, ch. 1 et 2 de la Loi féd. suisse sur l'organisation judiciaire, du 22 mars 1893, modifiée par la Loi féd. du 6 oct. 1911.

(2) Art. 3, section 2.

(3) « Full faith and credit shall be given in each State to the public acts, records, and judicial proceedings of every other State. (*Const.*, art. 4, sect. 1, *in initio*.)

(4) « No person shall be... deprived of life, liberty or property without due process of law. » (*Const.*, 5^e Amendement.)

sur ce sujet, et après examen de la jurisprudence de la Cour Suprême, M. Merrick Dodd écrivait ⁽⁵⁾ :

« Il semble que la Cour Suprême s'est chargée de façon définitive de la tâche d'apporter dans une certaine mesure quelque uniformité dans le domaine du droit international privé... quoique les circonstances dans lesquelles elle se considérera comme compétente dans ce but soient loin d'être claires. »

Cette absence de compétence directe de la Cour Suprême dans notre domaine est d'autant plus regrettable que cette cour se trouve par rapport aux membres de l'Union, dans la situation d'un tribunal international par rapports aux états qui lui soumettent un litige (quand il s'agit de conflits entre les lois de deux ou plusieurs membres de l'Union). Elle n'est n'est donc pas tentée de se tourner vers la *lex fori*, pour laquelle les cours nationales ont tant de complaisance. Cette circonstance lui permet — ou en tout cas devrait lui permettre — de développer un système de droit international privé original, considéré sous l'angle international, ou supranational, qui est le plus favorable à notre science.

Outre ces affaires de droit international privé dont elles ont connaissance par le détour du droit constitutionnel, les cours fédérales ont juridiction exclusive dans l'important domaine du droit maritime (*admiralty law*) ⁽⁶⁾. Cette compétence spéciale a permis tant à la Cour Suprême qu'aux autres cours fédérales de rendre de nombreuses et intéressantes décisions, dont certaines comptent au nombre des *leading*

(5) The power of the Supreme Court to review State decisions in the field of the conflict of laws, *Harv. L. R.*, 39, p. 533, 560. V. aussi Lorenzen, *Droit international privé dans Etats-Unis d'Amérique*, Répertoire 6, p. 269 ss., à p. 281. Cet auteur écrit : « Il n'est pas douteux que les clauses de « procédure régulière » et de « pleine foi et crédit » pourraient aisément être interprétées par la Cour Suprême, de manière à faire de l'application erronée des règles de conflits de lois par les tribunaux d'Etats une « question fédérale » qui permettrait de porter ces cas devant la Cour Suprême. Cependant, il n'est pas clairement indiqué que telle soit l'intention de la Cour Suprême. Etant donné la nature même des choses, elle hésitera à donner une interprétation de ces dispositions constitutionnelles, qui rendrait possible de porter devant elle tous les cas qui impliqueraient une question de conflit de loi. »

(6) *Const.*, art. 3, sect. 2, al. 1.

cases du droit international privé en matière de contrats (par exemple, la fameuse affaire *Liverpool and G. W. S/S Co c. Phoenix Insurance Co* ⁽⁷⁾, la cause *London Assurance c. Companhia de Moagens* ⁽⁸⁾, et tout récemment l'intéressant arrêt *Gerli c. Cunard S/S Co* ⁽⁹⁾.)

Il ne faut pas oublier non plus — et ce n'est pas là une circonstance qui facilitera notre tâche — que le *common law* qui est appliqué dans la majeure partie des Etats-Unis n'est pas codifié. C'est le principe de la force obligatoire du précédent qui règne ici : la jurisprudence est tout et sa masse est terrifiante. L'une des voix les plus autorisées du monde juridique américain, celle du Secrétaire d'Etat (plus tard Président de la Cour Suprême) Charles E. Hughes, signalait il y a quelques années la gravité de la situation aux membres de l'*American Law Institute*.

« Nos maux, disait-il ⁽¹⁰⁾, sont la prolixité, l'instabilité et la confusion. A certains égards, c'est un problème qui nous est propre. Notre pays est la plus grande usine juridique que le monde ait jamais connu. Le gouvernement fédéral et nos quarante-huit Etats « sortent » chaque année des milliers de lois nouvelles, pendant que les tribunaux, dans l'exercice de leur fonction, nous fournissent des milliers de précédents. Cent soixante-quinze mille pages d'arrêts en une seule année. C'est une moyenne de 12.000 lois et de 13.000 jugements qui sont enregistrés chaque année de façon permanente. »

Dans ces conditions, on comprend le besoin d'une action simplificatrice, comme celle que pourrait exercer la Cour Suprême. En attendant, dans un système juridique soumis à un pareil régime, il n'est pas étonnant que la jurisprudence — surtout sur un point aussi délicat que les conflits de lois en matière d'obligations contractuelles — prenne l'aspect d'une *trackless forest*, selon le mot d'un juge américain qui avait à l'explorer.

Il ne faudrait néanmoins pas s'imaginer que tous les Etats

(7) 129 *U. S.*, 397 ; 2 Beale, *Casebook*, 322.

(8) 167 *U. S.*, 149 ; 2 Beale, *Casebook*, 387.

(9) 48 *F.* (2d), 115.

(10) *Am. Law Inst.*, *Proceedings* 2, p. 95.

de l'Union ont des systèmes juridiques entièrement différents. Il serait absurde de comparer leur situation à celle qui existerait si ces Etats appliquaient des droits aussi divers que le sont les droits anglais, allemand, français, chinois, arabe etc. Les droits privés des cantons suisses, avant l'entrée en vigueur du Code Civil de 1912, étaient beaucoup plus divers que ne le sont ceux des Etats américains. En effet, tous appliquent le *common law*, (sauf la Louisiane, où l'influence du droit français est demeurée prépondérante) et le droit international privé est considéré comme une branche du *common law* ⁽¹¹⁾. Quelles que soient les divergences dans l'application de ce droit dans les différentes juridictions des Etats-Unis et de l'Empire Britannique, nous sommes néanmoins en présence d'un droit unique. Ce droit est vaste et imprécis, il est vrai, mais ses diverses interprétations ne vont pas jusqu'à constituer des droits séparés.

En outre, si la Cour Suprême n'exerce pas les compétences nécessaires pour pouvoir donner aux Etats une interprétation authentique du droit international privé, ses arrêts jouissent cependant d'un grand respect et exercent sur la solution des conflits de lois une influence considérable. On pourrait presque en dire autant, toute proportion gardée, de l'influence de certaines cours d'Etats sur l'ensemble du droit, influence due à l'importance de l'Etat dont elles dépendent ou à la réputation qu'elles ont gagnée parmi les juristes ; je pense par exemple à la Cour d'Appel de l'Etat de New-York. (La Cour d'Appel est le tribunal le plus élevé de l'Etat de New-York, et siège dans la capitale de l'Etat, à Albany ; la *New-York Supreme Court* n'est que le tribunal le plus élevé de la ville de New-York).

Une autre chose encore qui déconcerte le lecteur des arrêts américains sur notre sujet, c'est de voir une même cour énoncer des avis parfaitement contradictoires, des théories diamétralement opposées, et cela dans des arrêts rendus à peu de temps l'un de l'autre... quand ce n'est pas dans le même arrêt.

(11) V. Beale, *Treatise*, p. 4.

Les cours américaines ne sont certes pas seules à être soupçonnées d'inconséquence avec elles-mêmes, mais nous doutons que les cours européennes puissent en fournir un exemple aussi frappant que les deux affaires *Scudder c. Union National Bank* ⁽¹²⁾ et *Hall c. Cordell* ⁽¹³⁾. Dans les deux affaires il s'agissait de l'acceptation orale d'une traite ; la forme orale était valable dans un Etat (Illinois) et nulle dans l'autre (Missouri). Dans la première affaire, la Cour Suprême fit application de la *lex loci contractus*, dans la seconde de la *lex loci solutionis*. Les faits dans les deux affaires sont identiques. Mais le plus fort, c'est que les juges de *Hall c. Cordell* connaissaient l'autre arrêt puisqu'ils le citent comme référence sur la question de la validité des acceptations orales dans l'Illinois. Ce qui est plus grave encore dans cet exemple, du reste fréquemment dénoncé par la doctrine, c'est que les deux causes sont devenues des *leading cases* et comme telles sont fréquemment citées.

La Cour Suprême nous donne aussi un exemple d'indécision manifeste dans l'affaire *Washington Central Bank c. Hume* ⁽¹⁴⁾. Le tribunal y prononce qu'un certain contrat est régi par le droit de Connecticut :

« non seulement parce qu'il doit être considéré comme ayant été conclu dans cet état, mais parce que le lieu d'exécution est dans cet état et que les stipulations des parties contiennent une référence au droit du Connecticut : »

Autrement dit, la *lex loci contractus*, la *lex loci solutionis* et la loi choisie par les parties étaient la même. Il n'y avait pas la moindre raison d'appliquer une autre loi que celle du Connecticut, mais en énumérant les trois règles de rattachement comme si elles étaient de valeur égale, la Cour dénote un fâcheux manque de conviction en matière de conflits de lois. Ce qui est dangereux, c'est que des cours inférieures pourront appliquer l'une la loi du lieu de conclusion, l'autre la loi du

(12) 91 U. S., 406; 2 Beale, *Casebook*, 300.

(13) 142 U. S., 116; 2 Beale, *Casebook*, 306.

(14) 128 U. S., 195; 9 S. Ct., 41.

lieu d'exécution, la troisième la loi d'autonomie, en prétendant toutes trois suivre la jurisprudence de la Cour Suprême.

On peut concevoir, entre autres, deux méthodes différentes dans l'exposé du droit positif américain dans le sujet qui nous occupe :

I. — Exposer séparément le droit de chaque Etat, puis la jurisprudence des cours fédérales. C'est le plan qu'a suivi le Professeur Beale dans sa magistrale étude : « *What law governs the validity of a contract ?* » ⁽¹⁵⁾. Le maître de Havard, avec une méthode et une érudition incomparables, a exposé ainsi le droit des quarante-huit Etats de l'Union, ainsi que la jurisprudence suivie par la Cour Suprême et les autres cours fédérales. Cette méthode, la seule qui puisse vraiment épuiser le sujet, est au-dessus de notre ambition et du cadre normal de ce travail. Nous nous proposons seulement de dégager ici les grandes lignes du droit tel qu'il est appliqué de façon générale aux Etats-Unis. Ce but restreint exige, croyons-nous, une autre méthode :

II. — Exposer l'un après l'autre les différents systèmes suivis par les tribunaux américains, pour résoudre les conflits de lois en matière d'obligations contractuelles, sans se préoccuper outre mesure des solutions admises dans chaque état. Nous nous proposons pour cela, d'exposer d'abord les *leading cases*, c'est-à-dire les arrêts faisant jurisprudence, puis éventuellement de vérifier par l'examen de décisions récentes si ces arrêts sont suivis, et de quelle manière.

Cette seconde méthode nous réserve du reste une complication assez sérieuse. Comme nous le disions, au début de ce chapitre, on peut grouper les solutions reçues aux Etats-Unis en trois groupes : loi du lieu de conclusion, loi du lieu d'exécution, loi choisie par les parties. Nous pourrions certainement grouper la plupart des *cases* que nous examinerons sous l'un ou l'autre de ces trois titres. La difficulté sera de trouver des décisions « pures », c'est-à-dire des arrêts appliquant de façon nette l'un des trois systèmes. Autrement dit, nous

(15) *Harv. L. R.*, 23 (1909-10), pp. 1, 79, 194, 260.

aurons de la peine à déterminer si une cour qui applique la *lex loci contractus* la considère comme une règle absolue, directe, ou seulement comme une règle subsidiaire (solution éventuelle) à la loi choisie par les parties, à appliquer seulement dans le silence des contractants. Le problème est le même en ce qui concerne la *lex loci solutionis*. Règle absolue ou règle subsidiaire ? La réponse à cette question sera souvent des plus délicates. Enfin, dans les arrêts qui se réfèrent à l'intention des parties pour déterminer la loi applicable, nous aurons aussi quelque difficulté à trouver des cours qui se demandent en premier lieu : « Quelle était l'intention des parties ? », et qui ne se jettent pas immédiatement sur une présomption quasi-péremptoire de cette intention. Ici aussi, les cas d'application intégrale de la loi d'autonomie ne seront pas les plus nombreux.

Après avoir consacré un chapitre à quelques questions préliminaires, nous étudierons successivement les trois catégories de solutions qui dominent dans la jurisprudence des Etats-Unis.

CHAPITRE II

QUESTIONS PRELIMINAIRES

SECTION I

LES CONTRATS CONCLUS ET EXECUTOIRES DANS LE MEME ETAT

Parmi les contrats qui peuvent soulever une question de droit international privé, il faut distinguer deux groupes :

1. — Les contrats conclus et exécutoires dans le même état. Dans ces contrats, l'élément étranger résultera du fait que les parties sont domiciliées dans des états différents, ou sont de nationalités différentes. Une question de droit international privé pourra également se poser à propos de contrats conclus et exécutoires dans un même état, lorsque cet état n'est pas celui de la nationalité ou du domicile commun des parties.

2. — Les contrats conclus dans un état, et exécutoires dans un autre. C'est cette seconde catégorie de contrats qui seule aux Etats-Unis pose vraiment un problème délicat de conflit de lois. C'est à propos de ces conventions-là que nous étudierons la doctrine et la jurisprudence américaine.

En effet, les contrats de la première catégorie sont, comme nous allons le constater, toujours soumis à la loi qui est à la fois *lex loci contractus* et *lex loci solutionis*. Ces conventions ne soulèveront une question intéressante de conflit de lois que lorsqu'elles seront invoquées devant un for étranger. Mais cette question ne soulève pas en droit américain le pro-

blème qui nous intéresse, celui du choix de la loi applicable. Néanmoins, comme certains systèmes de droit international privé positif et quelques opinions doctrinales soumettent les contrats conclus et exécutoires dans un même état à une autre loi que la *lex loci contractus et solutionis*, nous allons traiter brièvement cette première espèce de conventions en droit américain.

On se souvient de la façon dont Story traite le sujet des obligations contractuelles ⁽¹⁾ :

« D'une façon générale, la validité d'un contrat doit être régie par la loi du lieu où il a été conclu. S'il est valide dans ce lieu, il sera considéré partout comme valide, en vertu du droit général des nations... Mais si le contrat est exécutoire dans un autre lieu, la règle générale est alors que, conformément à la volonté présumée des parties, le contrat doit être régi par la loi du lieu d'exécution. »

Comme nous l'avons relevé plus haut, on pourrait formuler cette règle tout aussi bien en disant que la *lex loci solutionis* est applicable dans tous les cas. En effet, lorsque le *locus contractus* et le *locus executionis* sont dans le même état, et qu'on applique la loi de cet état, il n'y a pas de raison de parler de la loi du lieu d'exécution plutôt que de la loi du lieu de conclusion. Les deux expressions sont justes, mais toutes deux sont incomplètes. Quelle que soit la doctrine exacte de Story, en matière de contrats conclus dans un état et exécutoire dans un autre (la portée précise de l'intention des parties étant douteuse), il est établi que pour lui les contrats dont nous traitons maintenant sont soumis à la *lex loci executionis et contractus*. La manière dont Story traite le sujet a été reprise par la jurisprudence américaine. D'innombrables arrêts emploient une formule de ce genre :

« les contrats sont régis par la loi du lieu de conclusion; cependant, s'ils sont exécutoires dans un autre état, ils sont régis par la loi du lieu d'exécution. »

(1) *Story, op. cit.*, § 242, p. 201, et § 280, p. 233.

De la répétition constante d'une formule de ce genre, il résulte que les cours parlent instinctivement de la *lex loci contractus* dans les contrats qui nous intéressent, mais au fond, il résulte de leur jurisprudence que ces conventions sont soumises à la loi du lieu de conclusion et d'exécution. Quelques citations doctrinales et jurisprudentielles vont affirmer cette position.

Dans son étude de 1909 sur la validité des contrats en droit international privé, le Professeur Beale consacre un paragraphe spécial à chaque état de l'Union. Dans presque tous ces paragraphes, il relève que les cours de l'état dont il examine la jurisprudence déclarent appliquer la *lex loci contractus* aux contrats conclus et exécutoires dans un même état ⁽²⁾. De même, avant d'appliquer la *lex loci solutionis* ou la loi d'autonomie, les cours proclament leur attachement à la loi du lieu de conclusion, sous la réserve que les contrats exécutoires ailleurs sont soumis à une autre règle ⁽³⁾.

Dans les sondages que nous avons pratiqués dans la jurisprudence récente des cours américaines, nous avons trouvé un grand nombre de déclarations dans le genre de celle-ci ⁽⁴⁾ :

« D'une façon générale, la nature, la validité et les effets des contrats doivent être régis par la loi du lieu où ils ont été conclus. Cette règle est sujette à l'exception bien établie que lorsque des contrats sont conclus dans un état et doivent recevoir exécution dans un autre, ils sont régis par la loi du lieu d'exécution, sauf intention contraire des parties. »

Il est difficile de dire si cette mention de la *lex loci contractus* par les cours américaines correspond dans l'esprit des juges à une réelle préférence pour cette loi. Nous sommes portés à

(2) Beale, What law governs the validity of a contract, *Harv. L. R.*, 23, pp. 1, 79, 194, 260; V. spécialement pp. 82 ss., pp. 194 ss.

(3) La jurisprudence des cours de l'Etat de New-York serait nettement en ce sens. V. Greene, The New-York rule as to the law governing the validity of contracts, *Cornell L. Q.*, 12 (1926-1927), p. 287. V. aussi l'arrêt *Yousoupoff c. Widener* (215 N. Y. S., 24).

(4) *Denio Milling Co c. Malin* (165, P. 1113) ; V. aussi : *Western Union Tel. Co c. Favish* (71 So 183) ; *Levy c. Daniels Co* (143 A 163) ; *New-York Life Ins. Co c. Scheuer* (73 So 409) ; *Federal Surety Co c. Minneapolis S. and M. Co* (17 F(2d) 242) ; *Couret c. Conner* (79 So 230).

croire que cette référence instinctive à la loi du lieu de conclusion est plutôt une expression de cette habitude de répéter machinalement une formule si fréquente dans l'application du principe *stare decisis* par la jurisprudence américaine. Il est à noter cependant que la mention de la *lex loci contractus* comme « règle générale » peut rendre service au juge, dans certains cas. Ainsi, lorsqu'une cour qui applique en général la *lex loci executionis* se trouve devant une pluralité de lieux d'exécution, il lui sera plus facile d'appliquer, en désespoir de cause, la loi du lieu de conclusion, si elle peut présenter cette application comme un retour à la « règle générale ». Le raisonnement du juge Bradley, dans l'affaire *Morgan c. New-Orleans M. and T. RR. C^o* ⁽⁵⁾ est typique à cet égard. Il s'agissait en l'occurrence d'un contrat de transport, exécutoire partiellement dans les états de New-York, Alabama, Mississipi, Louisiane et Texas. Voici comment la Cour se tire d'affaire :

« La règle générale est qu'un contrat doit être régi... par la loi du lieu où il a été conclu. La première et la plus importante des exceptions à cette règle est que, lorsqu'un contrat est conclu dans un état... et doit être exécuté dans un autre état, il doit être régi par la loi du lieu de conclusion.

« Maintenant, quelle est la loi applicable à un contrat comme celui-ci, qui, conclu dans un certain état, doit être exécuté partiellement dans cet état, et en partie dans d'autres états ?

« Dans l'embarras qui est le mien, je ne crois pas que je puisse faire mieux que de retourner à la règle générale (*to fall back on the general rule*) selon laquelle un contrat est régi par la loi du lieu où il a été conclu. »

Il faut noter d'autre part que certaines cours, qui appliquent la loi du lieu de conclusion et d'exécution, le font en pleine connaissance de cause, et sans mentionner arbitrairement la *lex loci contractus*. Ainsi, la Cour d'Appel de New-York, dans l'affaire *Benton c. Safe Deposit Bank* ⁽⁶⁾, déclarait :

« La règle générale est que lorsqu'un contrat est conclu dans un état et doit y recevoir son exécution, le contrat est régi par la loi de cet état. »

(5) 2 Woods 244, 253.

(6) 174 N. E., 648.

Cette terminologie, bien préférable à la précédente, est supportée par une abondante jurisprudence (7).

Je n'ai pas rencontré un seul arrêt appliquant à un contrat conclu et exécutoire dans un même état une autre loi que la loi de cet état. Nous devons noter néanmoins que le langage employé par certaines cours semble indiquer la possibilité de l'application d'une autre loi que la *lex loci contractus et solutionis* : la loi choisie par les parties. En effet, certains arrêts sont rédigés comme suit (8) :

« La règle générale est que la validité des contrats est régie par la loi du lieu de conclusion, à moins que le contrat ne soit exécutoire dans un autre état, ou que les parties n'aient eu en vue un autre droit. »

Une formule de ce genre semble montrer que dans l'esprit de la Cour, un contrat de l'espèce que nous examinons pourrait échapper à la loi du lieu de conclusion et d'exécution, grâce à l'autonomie des contractants. Cependant, comme nous l'avons dit plus haut, nous n'avons pas rencontré un seul jugement réalisant cette possibilité. Sans vouloir prétendre à l'infailibilité, nous croyons pouvoir affirmer que la loi choisie par les parties n'est jamais appliquée dans cette catégorie de contrats. De même, dans ces conventions, la *lex domicilii* ou la *lex patriæ* commune des parties ne joue aucun rôle, contrairement aux règles reçues dans la jurisprudence de certains états européens (9).

(7) Comme arrêts récents dans le même sens, on peut citer : *Seeman c. Eneix* (172 N. E. 243) ; *Offenhauser et Co c. Cupp* (16 S. W. (2d) 7) ; *Secklin c. Penney* (266 N. Y. S. 327) ; *Westbrook c. Elder* (249 N. W. 617) ; *Osgood c. Witkinson* (268 N. Y. S. 302) ; *In re McCurdy's Estate* (154 A 707) ; *State c. Hall* (114 S. E. 250).

(8) V. par exemple : *Levy c. Daniels Co* (143 A 163).

(9) Cf. Weiss, *Traité de droit international privé*, 4, p. 355, qui signale en ce sens une abondante jurisprudence, surtout française et italienne. V. aussi un arrêt suisse (*Cour de Justice civile de Genève*, 17 mars 1906) qui applique le droit suisse à un contrat conclu en France par deux Suisses, et exécutoire en France. V. enfin l'art. 9, al. 2, du *Code civil italien* (Introd.).

SECTION II

LA FORME DU CONTRAT

La distinction entre le fond et la forme d'un contrat, entre sa validité intrinsèque et sa validité extrinsèque, est l'une des plus nettes qui se présentent à l'esprit d'un juriste européen. Cette distinction ne semble pas aussi essentielle aux yeux des juges et des auteurs américains. Ainsi, le Professeur Goodrich déclare qu'il lui est difficile de voir pourquoi une règle applicable à la validité matérielle d'un contrat ne le serait pas à sa validité formelle ⁽¹⁰⁾. De même, les juges emploient souvent le même raisonnement et les mêmes formules pour les deux catégories d'affaires, et M. Lorenzen va jusqu'à écrire ⁽¹¹⁾;

« Les cours anglo-américaines considèrent encore la question de la loi applicable à la forme du contrat comme une partie du problème plus étendu et plus complexe de la validité des contrats en général. »

De la masse des arrêts se dégage néanmoins une règle relativement uniforme en ce qui concerne la validité formelle des conventions : c'est celle de la *lex loci celebrationis*. Autrement dit, c'est le grand principe *locus regit actum* qui en Amérique aussi domine la question. L'une des premières applications anglo-saxonnes du principe *locus regit actum* au problème de la validité formelle des contrats date de l'affaire *Clegg c. Levy* ⁽¹²⁾, jugée en 1812 par le Banc du Roi. Il s'agissait en l'espèce d'un contrat de société entre le demandeur et le défendeur, conclu dans la colonie de Surinam. Une contestation s'étant élevée quant à la validité extrinsèque de cette convention, le juge Lord Ellenborough, prononça que la loi de Surinam était applicable, un contrat devant satisfaire aux exigences de la loi du lieu de conclusion.

Aux Etats-Unis, le *leading case* est sans doute l'affaire

(10) Goodrich, *op. cit.*, p. 225.

(11) The validity of wills, deeds and contracts as regards form in the conflict of laws. *Yale L. J.*, 20, p. 442.

(12) 3 Camp. 166.

Scudder c. Union National Bank ⁽¹³⁾, à laquelle nous avons déjà fait allusion ⁽¹⁴⁾. Il s'agissait dans cette affaire de l'acceptation orale d'une traite. De telles acceptations étaient valables dans l'Illinois, *locus contractus*, mais nulles dans le Missouri, *locus solutionis*. La Cour déclara que l'acceptation était valable conformément à la loi du lieu de conclusion, en posant la règle, ou plutôt le groupe de règles qui ont rendu cet arrêt fameux :

« Tout ce qui concerne la conclusion, l'interprétation et la validité d'un contrat est régi par la loi du lieu de conclusion. Ce qui a trait à l'exécution est régi par la loi du lieu d'exécution. Ce qui concerne la procédure est régi par la loi du lieu où l'action est introduite. »

L'arrêt *Scudder c. Union National Bank* a été généralement suivi par la jurisprudence américaine, et l'on peut dire que d'une façon générale, en ce qui concerne la validité des contrats, le principe *locus regit actum* est bien établi aux Etats-Unis ⁽¹⁵⁾.

Néanmoins, l'unanimité n'est pas complètement réalisée parmi les cours ; l'opposition au principe *locus regit actum* dérive d'un autre arrêt fameux de la Cour Suprême, *Hall c. Cordell* ⁽¹⁶⁾. Dans cette affaire, la Cour Suprême fait régir la validité extrinsèque d'un contrat par la loi du lieu d'exécution, en tant que loi choisie par les parties. L'arrêt *Hall c. Cordell* a fait jurisprudence, mais quoiqu'il y ait un certain nombre de décisions en ce sens ⁽¹⁷⁾, elles sont heureusement en minorité.

Le principe *locus regit actum* est en outre soutenu par la doctrine. Ainsi Story écrit ⁽¹⁸⁾ :

(13) 91 U. S., 406 ; 2 Beale, Casebook, 300.

(14) V. *supra*, p. 49, à propos de la différence entre *Scudder c. Union National Bank* et *Hall c. Cordell*.

(15) Pour la jurisprudence récente, V. *Hogue-Kellog Co c. G.L. Webster anning Co* (22 F(2d) 384).

(16) 142 U. S. 116, 2 Beale, Casebook 306.

(17) V. Goodrich, *op. cit.*, p. 225, n. 45.

(18) *Op. cit.*, § 260, p. 215.

« ...toutes formalités, preuves et authentications (des contrats) qui sont exigées par la *lex loci*, sont indispensables à leur validité partout ailleurs... »

Story ajoute, il est vrai :

« ...il pourrait en être autrement si le contrat était exécutoire dans un autre pays. »

Notre auteur ne précise pas cette réserve ; cette phrase est entièrement isolée, aussi, tenant compte également de la forme conditionnelle employée (*it might be different*), je suis porté à croire que Story était d'une façon générale en faveur du principe *locus regit actum*. Wharton ⁽¹⁹⁾ et Minor ⁽²⁰⁾ indiquent par contre clairement l'application de la *lex loci celebrationis*.

En définitive, quoiqu'il soit loin d'être aussi fermement établi qu'en Europe, le principe *locus regit actum* peut donc être considéré comme la règle générale aux Etats-Unis ⁽²¹⁾.

SECTION III

LA CAPACITE DE CONTRACTER

On sait que la capacité de contracter de certaines personnes est diminuée ou supprimée par les droits positifs. Les cas les plus fréquents de capacité restreinte sont ceux concernant les femmes mariées, les mineurs, et, plus rarement, les fous, les prodigues, etc. La question se pose de savoir quelle est la loi applicable à la capacité d'une partie dans un contrat donné. Plusieurs solutions sont possibles, les plus courantes étant la *lex patriæ*, la *lex domicilii*, la *lex loci contractus*, et, moins fréquemment, la *lex loci executionis* et la loi choisie par les parties.

(19) *Treatise on the conflict of laws*, §§ 401, 676.

(20) *Conflict of laws*, § 172, p. 140.

(21) *Contra*, Lorenzen, Répertoire 6, p. 317.

Aux Etats-Unis (22), on peut dire d'une façon générale que c'est la *lex loci contractus* qui régit la capacité contractuelle. Cette position a été prise par une des premières affaires qui aient soulevé la question, l'arrêt anglais *Male c. Roberts* (23). Il s'agissait d'un prêt d'argent effectué en Ecosse ; le prêteur ouvrit en Angleterre une action en remboursement. La question de la capacité de l'emprunteur s'étant posée, le juge, Lord Eldon prononça que le point devait être décidé par la loi du pays où le contrat avait été conclu, c'est-à-dire, dans l'espèce devant la Cour, par le droit écossais.

L'arrêt *Male c. Roberts* a été suivi aux Etats-Unis par la presque unanimité de la jurisprudence (24). La plupart des arrêts portent sur la capacité de la femme mariée de faire certains actes, comme de se porter caution en faveur de son mari, signer une lettre de change, etc. Il est inutile pour nous d'étudier en détail cette jurisprudence, et nous nous contenterons de citer les *leading cases* sur le sujet, les affaires *Milliken c. Pratt* (25), *Nichols and Shepard c. Marshall* (26), *Union National Bank c. Chapmann* (27), *First National Bank of Chicago c. Mitchell* (28), etc.

L'application de la *lex loci contractus* à la capacité contractuelle jouit en outre de l'autorité de Story qui écrivait en 1834 déjà (29) :

« En ce qui concerne la minorité ou la majorité, la capacité ou l'incapacité de se marier, les incapacités résultant du mariage, de la tutelle et de l'émancipation, ainsi que les autres capacités ou incapacités, ce n'est pas, d'une façon générale, la loi du domicile... qui est applicable, mais bien la *lex loci contractus aut actus*, la loi du lieu où le contrat a été conclu, où l'acte a été accompli. »

(22) V. d'une façon générale, Heilmann, *Treatment of capacity to contract in conflict of laws cases*. *West Virginia L. Q.*, 32, p. 102 ss.

(23) Esp. 163, 2 Beale, *Casebook*, 276.

(24) Cf. Greene, *Cornell L. Q.*, 12, p. 291, n. 28, et Heilmann, *W. Va. L. O.*, 32, p. 111, n. 31.

(25) 125 Mass., 374; 2 Beale, *Casebook*, 281.

(26) 108 Iowa, 518; 2 Beale, *Casebook*, 291. Cet arrêt se réfère expressément à *Male c. Roberts* (V. *supra*, n. 23).

(27) 62 N. E., 672.

(28) 92 F. 565.

(29) *Op. cit.* § 103, p. 97. Cette règle est également celle du Restatement, *Projet Définitif*, art. 353.

Notre règle est confirmée, dans la jurisprudence américaine, par quelques exceptions. On rencontre en effet, ici et là, des arrêts qui soumettent la capacité contractuelle non à un régime spécial, mais à la loi régissant la validité intrinsèque du contrat, qui peut être la loi choisie par les parties, ou la *lex loci solutionis*. On trouvera un exemple de cette jurisprudence, plutôt exceptionnelle, dans un arrêt récent de la Cour d'Appel de Virginie, *Poole c. Perkins* ⁽³⁰⁾, arrêt qui a du reste soulevé maints commentaires et discussions dans les revues juridiques ⁽³¹⁾.

Il est à noter encore que sur cette question, la jurisprudence américaine se sépare assez nettement du droit anglais. En effet, Dicey ⁽³²⁾ déclare que, certaines exceptions demeurant réservées :

« ...la capacité contractuelle d'une personne est régie par la loi de son domicile, au moment de la conclusion du contrat. »

Ainsi, la jurisprudence anglaise se serait détachée de la *lex loci contractus*, proposée par l'arrêt *Male c. Roberts*, pour se rattacher au système de la *lex domicilii*. Ainsi, dans l'affaire *Cooper c. Cooper* ⁽³³⁾ jugée en 1888 par la Chambre des Lords, le Lord Chancelier (Lord Halsbury) déclare :

« Il n'y a aucun doute quant à la règle anglaise sur ce point...; la capacité contractuelle est régie par la loi du domicile. »

Le Lord Chancelier s'appuyait entre autres, à tort selon nous, sur un passage de Story ⁽³⁴⁾, et sur quelques auteurs européens cités par lui ⁽³⁵⁾. De même, dans l'affaire *Sottomayor c. De*

(30) 126. Va. 331 ; 101 S.E. 240. V. aussi *Mayer c. Roche* (75 A 235) et *Farm Mortgage and Loan Co c. Beale et ux.* (202 N. W. 877).

(31) Cf. Goodrich, *op. cit.*, p. 222, n. 25.

(32) *A digest of the law of England with reference to the conflict of laws* (4^e édit.). Règle 158, p. 596 ss.

(33) 13 A. C. 88 ; 2 Beale, Casebook, 279.

(34) Cf. Story, *op. cit.*, § 64.

(35) L'un des juges de *Cooper c. Cooper*, Lord Macnaghten, était cependant d'avis que la règle n'était pas tout à fait établie : il hésitait entre *lex loci contractus* et *lex domicilii*.

Barros ⁽³⁶⁾, la Cour d'Appel de la « Supreme Court of Judicature » prononce :

« C'est un principe juridique bien établi que la question de la capacité personnelle de conclure un contrat doit être régie par la loi du domicile. »

Dicey apporte du reste une exception à la règle citée plus haut, en déclarant qu'en matière de contrats commerciaux (*ordinary mercantile contracts*) ce serait plutôt la *lex loci contractus* qui serait applicable ⁽³⁷⁾. Outre *Male c. Roberts* et quelques autres arrêts britanniques, l'auteur cite quelques-unes des importantes affaires américaines que nous avons signalées plus haut, *Milliken c. Pratt* et *Nichols and Shepard c. Marshall*.

36) 3 P. D., 1.

(37) *Op. cit.*, p. 599 ss.

CHAPITRE III

LA LOI DU LIEU DE CONCLUSION REGIT LA VALIDITE DU CONTRAT

Par « *lex loci contractus* », nous entendons la loi du lieu où le contrat a été conclu, et c'est uniquement dans ce sens-là que cette expression sera employée au cours de ce travail. Cette définition n'est pas superflue, car certains auteurs et de nombreuses cours américaines emploient ce terme comme signifiant aussi bien « loi du lieu de conclusion » que « loi du lieu d'exécution », ou même « loi choisie par les parties » ⁽¹⁾. Une telle terminologie prête à confusion, et nous l'excluerons rigoureusement ; nous opposerons *lex loci contractus* à *lex loci solutionis* et à la loi choisie par les parties. L'expression *lex loci celebrationis* désigne clairement la loi du lieu où le contrat a été conclu, mais ce terme est en général réservé aux conflits sur la forme des contrats ⁽²⁾ ; or nous nous intéressons ici au fond du contrat, à sa validité intrinsèque, et non à sa validité formelle.

Cette question de terminologie étant réglée, voyons maintenant le problème de la détermination du *locus contractus*. La doctrine paraît être unanime ⁽³⁾ à déclarer qu'un contrat doit être considéré comme conclu dans l'état où a eu lieu le dernier

(1) Minor, *Conflict of laws*, p. 362, donne de nombreux exemples de cette déplorable terminologie.

(2) Néanmoins Minor, *op. cit.*, p. 371, emploie le terme « *lex loci celebrationis* » même à propos de la validité intrinsèque des contrats.

(3) V. Wharton, *Treatise on the conflict of laws*, 2, p. 888 ; Goodrich, *Handbook*, p. 218 ; Minor, *op. cit.*, p. 371.

acte nécessaire à sa perfection. Quelle est la nature de cette règle ? Le problème consiste somme toute, pour le juge à trouver où a été conclu, sur la base des faits exposés devant lui, le contrat dont les parties, ou l'une d'entre elles au moins, prétendent établir l'existence. Pour savoir si les faits en question constituent un contrat, le juge doit pouvoir user d'une notion du contrat, d'un système de droit des obligations. Quelle notion du contrat va-t-il employer ? Nous nous trouvons ici devant un conflit de qualifications. En fait, ce conflit est résolu par les auteurs, aussi bien que par les tribunaux américains, par application de la *lex fori* ⁽⁴⁾. A vrai dire, ces auteurs appliquent à la détermination du *locus contractus* leurs notions de droit des obligations selon le *common law*, sans se douter apparemment que, ce faisant, ils résolvent un conflit de qualifications juridiques par application de la *lex fori*. Le Restatement par contre semble avoir envisagé la question de façon plus scientifique, et ouvre le chapitre consacré au lieu de conclusion des contrats par ces mots ⁽⁵⁾ :

« Le lieu de conclusion du contrat est déterminé par la loi du for. »

Plus loin, le Restatement expose la règle du dernier acte nécessaire à la perfection du contrat ⁽⁶⁾.

Ce point de vue est soutenu par une abondante jurisprudence ⁽⁷⁾. Mais si le principe est relativement simple, son application aux différentes espèces soulevées par la pratique

(4) V. Lorenzen, *Validity and effects of contracts in the conflict of laws*, *Yale L. J.*, 31, p. 53 et *The theory of qualifications and the conflict of laws*, *Col. L. R.*, 20, p. 252.

(5) *Rest.*, sect. 332.

(6) *Rest.*, sect. 333 : « The place of contracting is in the State in which the last event necessary, to make the contract occurs. »

(7) Comme *leading cases*, on peut citer : *Equitable Life Assurance Society c. Clements* (140 U. S. 226; 2 Beale, *Casebook*, 261); *Aetna Life Insurance Co c. Dunken* (226 U. S. 389; 2 Beale, *Casebook* 271); *Aultmann, Miller and Co c. Holder* (68 F. 467); *Milliken c. Pratt* (125 Mass. 374; 2 Beale, *Casebook*, 281); *Hill c. Chase* (143 Mass. 129; 2 Beale, *Casebook* 269); *Northampton Mutual Life Stock Insurance Co c. Tuttle* (40 N. J. L., 476; 2 Beale, *Casebook* 259); *Perry c. Mount Hope Iron Co* (15 R. I., 380; 2 Beale, *Casebook* 266).

peut donner lieu à d'assez grandes difficultés. Ainsi, le Restatement ⁽⁸⁾ ne consacre pas moins de 21 sections à la détermination exacte du lieu de conclusion du contrat dans diverses éventualités. Sont passés en revue par exemple les contrats par correspondance (conformément au *common law*, le contrat est considéré comme conclu dans le lieu d'où l'acceptation est partie), les contrats exigeants délivrance de l'instrument incorporant la convention, les contrats d'assurance non valables avant le paiement de la première prime, etc. L'étude détaillée de tous ces cas, nécessaire pour le praticien, dépasse le cadre de cette étude. Cependant la notion du *locus contractus* et les règles concernant sa détermination constituent une question trop importante pour pouvoir être complètement passée sous silence, et c'est pourquoi nous l'avons brièvement signalée.

En résumé, nous pouvons dire que la doctrine et la jurisprudence des Etats-Unis admettent implicitement que la question de la détermination du lieu de conclusion soulève un conflit de qualification qui doit être résolu par application de la *lex fori*. C'est donc vers le droit des obligations américain que nous devons nous tourner en l'occurrence. Et pour finir, nous rappellerons le principe fidèlement suivi par les cours américaines :

« Le contrat est considéré comme conclu dans l'état où a eu lieu le dernier acte nécessaire à sa perfection. »

La première affaire que nous ayons à étudier est la cause *Carnegie c. Morrisson* ⁽⁹⁾. En effet, cet arrêt est en général considéré comme le *leading case* de la jurisprudence appliquant la *lex loci contractus* à la validité des contrats ⁽¹⁰⁾.

Il s'agissait en l'espèce d'une lettre de crédit délivrée à Boston par l'agent de Morrisson and C°, une banque de Londres, à un certain Bradford. La lettre de crédit était en faveur de

(8) *Rest.*, sections 332 à 352.

(9) 2 Metcalf 381; 2 Beale, *Casebook* 337.

(10) Beale, *What law governs the validity of a contract ? Harv. L. R.*, 23, p. 10; Goodrich, *op. cit.*, p. 237, n° 83.

Carnegie and C°, une maison établie à Gothenburg, en Suède. Carnegie and C° tirèrent sur Morrisson and C° des traites pour le montant de la lettre de crédit, traites que la banque londonienne se refusa à honorer. Sur quoi, la firme suédoise ouvrit action contre Morrisson and C° à Boston, et l'affaire arriva finalement devant la Cour Suprême du Massachussets.

La première question à résoudre était celle de savoir quelle loi était applicable à la lettre de crédit. Le *locus contractus* était dans la Massachussets, le *locus solutionis* en Angleterre. Le *Chief Justice Shaw* commence par déclarer que

« ...c'est le droit positif qui, d'accord avec (*concurring with*) l'acte des parties, détermine la nature et l'étendue du contrat. »

Ce principe une fois établi, il distingue entre la loi applicable au fond, et celle qui régit la procédure :

« Il est manifeste que la question de savoir si une transaction donnée constitue un contrat... sur lequel une partie puisse s'appuyer pour intenter une action, dépend aussi bien de la loi qui régit le contrat que de la loi du for auprès duquel l'action est introduite. La protection judiciaire d'un droit doit être accordée suivant les formes... établies par la loi du lieu où cette protection est demandée. Mais quelle est la loi du contrat, ou, en d'autres termes, quelle est la loi qui détermine si un acte donné constitue un contrat ? »

Au fond du contrat, le juge applique sans hésiter la *lex loci contractus* :

« Suivant la règle générale, c'est certainement la loi du lieu de conclusion qui détermine la nature et la valeur juridique de l'acte en question. Elle détermine si cet acte constitue un contrat, ainsi que la nature, la validité, la force obligatoire et les effets juridiques de ce contrat ; c'est elle enfin qui fournit la règle de construction et d'interprétation de la convention. »

Plus loin, il applique sa règle à l'espèce devant la Cour :

« Si cette transaction constitue un contrat... c'est selon nous par l'effet de la loi du lieu de conclusion. C'est cette loi qui, agissant sur l'accord des parties, en fait un contrat. L'engage-

ment du débiteur consistait il est vrai à faire certains actes en Angleterre : accepter et payer les traites du demandeur (Carnegie); mais cette obligation a été créée ici, par la force de la loi de cet Etat, qui rend obligatoire l'engagement du représentant des défendeurs et en fait un contrat qui les lie. »

Le jugement ne cite aucun précédent, mais cela ne rend le raisonnement du Juge Shaw que plus intéressant. Certains passages de son opinion font penser aux critiques les plus récentes de la théorie de l'autonomie de la volonté. Il faut noter en particulier son insistance sur le fait qu'un accord entre deux particuliers ne peut, en bonne logique, être obligatoire par lui-même, mais que c'est le droit positif qui transforme cet accord, phénomène psychologique, en un contrat, phénomène juridique. Ce point de vue est nettement affirmé dans ce passage de l'arrêt, que je ne crains pas de répéter :

« Si cette transaction constitue un contrat, c'est par l'effet de la loi du lieu de conclusion. C'est cette loi qui en agissant sur l'accord des parties, en fait un contrat. »

L'arrêt *Carnegie c. Morrisson* constitue un remarquable exemple d'analyse juridique, surtout si l'on considère qu'il a été rendu en 1841, c'est-à-dire à un moment où la doctrine molinienne fleurissait en Europe dans sa forme la plus absolue, et cinquante ans avant que V. Bar, puis Pillet, viennent apporter leurs critiques doctrinales contre la loi d'autonomie.

Dans les généralités dont nous avons fait précéder ce panorama du droit positif ⁽¹¹⁾, nous avons remarqué que nous aurions de la peine à trouver des espèces « pures » d'application de telle ou telle règle. Les motifs de *Carnegie c. Morrisson* semblent définitifs à souhait : néanmoins le juge Shaw écrit à la fin de son jugement :

« Il n'y a dans ce contrat aucune référence expresse ou tacite au droit anglais, qui puisse faire présumer que les parties ont pensé à ce droit comme devant régir leur convention. »

(11) V. *supra*, p. 50.

Autrement dit, après avoir prouvé que seule la *lex loci contractus* était applicable, la Cour fait allusion à la règle de l'intention des parties. M. Beale, après avoir signalé cette inconséquence extraordinaire, fait la remarque suivante ⁽¹²⁾ :

« Le raisonnement du juge, aussi bien que la décision elle-même, conduisent directement à la conclusion qu'aucune autre loi que celle du lieu de conclusion ne peut régir la validité ou la nature de l'obligation. »

Nous souscrivons volontiers à cette opinion, et nous admettons bien que nous devons attacher plus de poids à la tendance générale de l'arrêt qu'à ces trois malheureuses lignes, qui semblent s'être glissées par erreur dans cette longue et savante décision. Mais il est néanmoins décevant de constater que notre *leading case* en faveur de la *lex loci contractus* n'est pas exempt de toute complaisance à l'égard de la doctrine de l'autonomie de la volonté.

Comme il était naturel, l'influence de *Carnegie c. Morrisson* s'est surtout exercée dans l'état dans lequel cette décision a été rendue, c'est-à-dire dans le Massachusetts. De nombreux arrêts ont été prononcés dans cet Etat, qui confirment la doctrine du juge Shaw. Ainsi, dans l'affaire *Akers c. Demond* ⁽¹³⁾, le juge Wells ne se contente pas de déclarer que la loi du lieu de conclusion régit le contrat : il affirme qu'aucune autre loi ne pourrait être appliquée. Dans sa remarquable étude sur la validité des contrats, publiée en 1909, le Professeur Beale affirme que le Massachusetts ⁽¹⁴⁾ :

« ...apparaît nettement engagé dans le principe selon lequel la loi du lieu de conclusion régit nécessairement le contrat. »

L'examen de quelques espèces récentes confirme ce point de vue. En 1933, la Cour Suprême du Massachusetts rend un arrêt ⁽¹⁵⁾ qu'elle base encore expressément sur *Carnegie c.*

(12) *Harv. L. R.*, 23, p. 10, n. 2.

(13) 103 Mass. 318; 2 Beale, Casebook 354.

(14) *Harv. L. R.* 23, p. 98.

(15) *Universal Adjustment Corp. c. Midland Bank* (184 N. E. 152).

Morrisson, et d'autres décisions de ces dernières années ⁽¹⁶⁾ contiennent en général une formule du genre de celle-ci :

« La règle est que la nature, la validité et l'interprétation du contrat sont régies par la loi du lieu de conclusion. »

Mais ici encore, les espèces « pures » d'application de la règle citée plus haut ne sont sans doute pas les plus nombreuses. L'important arrêt *Baxter National Bank c. Talbot* ⁽¹⁷⁾, qui est souvent cité, expose la règle de l'application de la loi du lieu de conclusion, en s'appuyant sur *Carnegie c. Morrison*, puis, comme le Juge Shaw, fait une réserve expresse en faveur de l'intention des parties. Et certains arrêts modernes du Massachusetts font la même réserve, sous le sceau de la même autorité ⁽¹⁸⁾.

Nous trouvons de nombreuses applications de la *lex loci contractus* dans les affaires portant sur ce qu'on appelle en droit américain les « contrats du dimanche ». Il existe en effet aux Etats-Unis des lois qui frappent de nullité absolue les contrats conclus le dimanche ⁽¹⁹⁾ ; ces dispositions ont leur origine dans une vieille loi anglaise ⁽²⁰⁾, reprise par un certain nombre d'Etats américains. Il arrive qu'un contrat, conclu un dimanche dans un Etat dont la législation frappe de nullité les *Sunday contracts* soit exécutoire dans un Etat dont le droit n'a pas la même rigueur. Les cours appliquent en général la *lex loci contractus* à la validité de ces *Sunday contracts*, quand ils posent une question de droit international privé. La plus connue des affaires de ce genre est peut-être la cause *Arbuckle c. Reaume* ⁽²¹⁾, où la Cour prononce la nullité d'un contrat conclu dans le Michigan, au mépris de la législation sur les contrats du dimanche en vigueur dans cet Etat, quoiqu'il fût

(16) V. par ex. : *Jewett, Jr. Inc. c. Keystone Driller Co* (185 N. E. 369) ; *Clarke c. State Steel Trust Co* (169 N.E. 897) ; *Papadopoulos c. Bright* (161 N. E. 799) ; *Lennon c. Cohen* (163 N. E. 63).

(17) 28 N. E. 163 ; 154 Mass. 213.

(18) V. *Clarke c. State Street Trust Co* ; *Jewett c. Keystone Driller Co* (cf. note 16, *supra*).

(19) Williston, *The law of contracts*, 3, §§ 1700 ss.

(20) 20 Charles II, c. 27 (1677).

(21) 96 Mich. 243.

exécutoire dans l'Ohio, où apparemment cette restriction n'existait pas. Pour la Cour, un tel contrat est nul dès sa naissance, et les partis ne peuvent tourner la loi en choisissant un lieu de paiement dans un autre Etat. Nous sommes donc bien en présence ici d'opinions qui refusent clairement l'application de la loi choisie par les parties ⁽²²⁾.

L'affaire *Scudder c. Union National Bank* ⁽²³⁾ est une affaire portant sur la forme, et non sur le fond d'un contrat. Néanmoins cet arrêt de la Cour Suprême nous intéresse parce qu'il donne une formule générale de solution des conflits de lois en matière d'obligations contractuelles, formule souvent citée et appliquée dans des causes où la validité matérielle d'un contrat est en jeu. La formule générale de *Scudder c. Union National Bank* est la suivante :

« Tout ce qui concerne la conclusion, l'interprétation et la validité d'un contrat est régi par la loi du lieu de conclusion du contrat.

« La loi du lieu d'exécution régit les questions soulevées par l'exécution du contrat.

« Les points concernant la procédure, comme l'introduction des actions, l'administration des preuves et les règles sur la prescription, sont régis par la loi du lieu où l'action est introduite. »

La Cour Suprême adopte donc ici le principe de l'application de la *lex loci contractus* à la validité des contrats. Elle distingue nettement ce problème des autres questions, intéressant soit l'exécution, soumise à la *lex loci executionis*, soit la procédure (*remedy*), régie par la loi du for. L'influence de *Scudder c. Union National Bank* se fait sentir de façon marquée dans de nombreux arrêts, tant des cours fédérales que des cours d'Etat. La formule adoptée dans cette espèce par la Cour Suprême, par sa concision et sa netteté, est de celles qui sont

(22) V. aussi les affaires *Brown c. Browning* (15 R. I., 422 ; 7 A 403) ; *Western Union Telegraph Co c. Way* (4 So 844 ; 83 Ala 542). La règle n'est cependant pas absolue ; V. en sens contraire : *Thayer c. Elliot* (16 N. H. 102) et *Brown c. Gates* (120 Wis. 349 ; 97 N. W. 221) ; selon Lorenzen (*Yale L. J.*, 30, p. 665), l'opinion de la Cour dans cette dernière affaire serait « nettement erronée ».

(23) 91 U. S. 406 ; 2 Beale, Casebook 300.

d'un précieux secours au juge en mal d'une solution claire et d'application aisée. L'autorité de ce *leading case*, prononcé en 1875, ne semble pas avoir décliné avec le temps, et de nombreux arrêts de ces dernières années citent encore *Scudder c. Union National Bank* et appliquent son principe ⁽²⁴⁾.

La codification du droit international privé entreprise par l'*American Law Institute* pose le principe que la validité des contrats est régie par la *lex loci contractus* ⁽²⁵⁾. Nous étudierons plus loin, à propos de la doctrine, le système proposé par le Restatement, mais dans ce chapitre consacré au droit positif, il faut signaler quelques arrêts appliquant la loi du lieu de conclusion en se basant sur l'autorité de l'Institut de Droit américain. Ainsi, dans l'affaire *Brocalso Chemical Co c. Langsenkamp* ⁽²⁶⁾, la Cour déclare :

« La règle fondamentale... est que la validité des contrats est régie par la loi de l'état où s'est produit le dernier acte nécessaire à la perfection du contrat. »

C'est exactement la règle posée par les sections 333 et 353 du Restatement, cités du reste expressément dans l'arrêt ⁽²⁷⁾.

Le Restatement n'a du reste pas encore été définitivement adopté par l'Institut, et les articles cités par les cours ne sont que les textes proposés par le Rapporteur (le Professeur Joseph H. Beale) et ses collaborateurs, textes qui peuvent être encore remaniés. Il est donc trop tôt pour pouvoir estimer avec quelque précision l'influence du Restatement sur le point de droit positif qui nous concerne, mais il est cependant intéressant de signaler les premiers fruits de ce qui sera peut-être une abondante récolte.

(24) *Wastum c. Lincoln National Insurance Co* (12 F(2d) 422); *Brace c. Gauger-Korsmo Const. Co* (36 F(2d) 661) ; *C. I. T. Corp. c. Sanderson* (43 F(2d) 985); *Brown c. Ford Motor Co* (48 F(2d) 732); *Kaesler c. Mutual Life Ins. Co* (99 S.E. 97) ; *Clark c. First National Bank of Marseilles, Ill.* (157, P. 96) ; *State of Texas c. U. S. Fidelity and Guaranty Co* (14 S. W. (2d) 576).

(25) *Rest. Art.* 353.

(26) 32 F(2d), 725.

(27) V. aussi *Illinois Fuel Co c. Mobile and Ohio RR. Co* (8 S. W. (2d) 834).

Nous finirons notre étude de la loi du lieu de conclusion en droit positif par l'étude de l'arrêt *Gerli c. Cunard S/S Co* ⁽²⁸⁾. Ce jugement, rendu en 1931 par la Cour d'Appel Fédérale pour le Second Circuit, n'a pas encore, à notre connaissance, été signalé ou commenté par les revues juridiques. C'est néanmoins un arrêt fort remarquable par la netteté avec laquelle il pose le principe de la loi du lieu de conclusion, et rejette catégoriquement la doctrine de l'autonomie de la volonté. C'est, nous semble-t-il, l'espèce la plus « pure » d'application de la *lex loci contractus* que nous ayons rencontrée.

Il s'agissait en l'espèce d'un contrat conclu à Milan entre la Compagnie défenderesse et un négociant italien, pour le transport d'un certain nombre de balles de soie de Milan à New-York. Le contrat contenait une clause qui limitait la responsabilité de la défenderesse, et une provision en vertu de laquelle le contrat devait être régi par le droit anglais. A l'arrivée à New-York, quelques balles de soie avaient disparu et il en résulta un procès entre le destinataire et la Cunard Steamship Co. La validité de la clause qui limitait la responsabilité de la Compagnie fut mise en doute, et le problème de la loi applicable se posa devant la Cour.

Le Juge Hand, délivrant l'opinion de la Cour, s'exprime comme suit :

« Si ce contrat avait été conclu en Angleterre... la validité de la clause dépendrait du droit anglais. En fait, il a été conclu en Italie, et c'est uniquement par application du droit de ce Royaume que la question de savoir si l'accord des parties a donné naissance à une obligation doit être résolue. »

Et voici posé le principe de la loi du lieu de conclusion ; mais c'est surtout la façon dont la Cour traite la clause de compétence légale contenue dans le contrat qui nous intéresse, et d'une façon générale toute la théorie de l'autonomie.

« Les parties ne peuvent pas, par leur accord, adopter la loi d'un autre lieu ; elles peuvent naturellement incorporer toutes

(28) 48 F(2d) 115.

les provisions qu'elles veulent dans leur convention — une loi étrangère comme n'importe quelle autre provision — et quand elles le font, les tribunaux essaient d'en tirer quelque chose pour autant qu'ils le peuvent. Mais un accord (*agreement*) n'est pas un contrat sauf quand le droit déclare qu'il en est un. Il est absolument impossible (pour les parties) d'essayer de faire par elles-mêmes de leur accord un contrat. C'est une loi qui doit imposer l'obligation, et les parties n'y peuvent rien dire ; pas plus qu'elles ne peuvent décider si leurs actes les rendent civilement ou pénalement responsables. »

Ainsi, le Juge Hand insiste sur l'idée que lorsque deux personnes font une convention, leurs promesses n'ont pas force obligatoire, mais que c'est le droit positif qui donne effet juridique à la convention.

«An agreement is not a contract, déclare la Cour, except as the law says it shall be. »

Seule la loi du lieu de conclusion peut donner valeur juridique à la convention des parties.

Jusqu'à maintenant, c'est somme toute le raisonnement de *Carnegie c. Morrisson* que nous retrouvons ici. Mais la Cour d'Appel Fédérale va plus loin que la Cour Suprême du Massachusetts. En effet, celle-ci, on s'en souvient, terminait son jugement par une timide réserve en faveur de la loi d'autonomie. La Cour Fédérale, au contraire, refuse expressément aux parties le droit de choisir telle ou telle loi comme devant régir leur contrat. Dans l'espèce devant la Cour, les parties avaient fait un renvoi exprès au droit anglais. La Cour l'ignore comme tel, c'est-à-dire comme entraînant l'application de la loi anglaise au contrat, mais lui donne par contre une intéressante interprétation. Elle déclare, *grosso modo*, que les parties peuvent mettre tout ce qu'elles veulent dans leur convention — même une loi étrangère — et que les tribunaux essaieront d'interpréter le tout dans la mesure du possible.

Si nous saisissons bien le raisonnement de la Cour, cela signifie qu'une référence à une loi étrangère vaut simplement comme adoption en bloc du contenu du droit matériel étranger. Les parties, au lieu de fixer dans leur contrat tout le

détail de leurs obligations respectives, adoptent *in globo* les détails établis par le droit positif étranger, et s'évitent ainsi la peine de les énumérer. Ce faisant, les parties n'agissent pas en vertu de la doctrine de l'autonomie, mais simplement en vertu du principe de la liberté des conventions. En d'autres termes, la référence au droit étranger n'emporterait pas application de la loi étrangère ; elle jouerait seulement comme l'adoption en bloc d'un contrat-type, établi par une association de négociants ou une bourse de commerce, comme cela se fait couramment en droit interne.

Cette construction est conforme à celle brillamment développée par M. Niboyet, dans son étude sur l'autonomie de la volonté ⁽²⁹⁾. Etant donné la brièveté du raisonnement de la Cour, et peut-être un certain laisser-aller dans son langage, il est difficile d'être très affirmatif dans cette interprétation de l'arrêt. Nous croyons néanmoins que notre analyse suit d'assez près les idées de la Cour, et nous ne nous étonnerions pas de voir *Gerli c. Cunard S/S Co* devenir un arrêt de toute importance dans l'histoire de l'application de la loi du lieu de conclusion par la jurisprudence américaine.

L'application de la *lex loci contractus* ne constitue la règle générale que dans un petit nombre d'Etats. Le Professeur Beale indique comme se rattachant à ce système cinq Etats seulement : Colorado, Indiana, Massachussets, Tennessee, West Virginia, plus le Maryland, comme douteux ⁽³⁰⁾. A cette liste, nous pouvons ajouter les cours fédérales qui, ayant usé de tous les systèmes, ont également appliqué celui-ci, en particulier dans la jurisprudence découlant de *Scudder c. Union National Bank*.

Comme nous le verrons plus loin, la règle de la loi du lieu d'exécution est soutenue par une bonne partie de la doctrine aux Etats-Unis. L'autorité du Restatement s'ajoutant à celle des auteurs, il est très possible que cette règle étende dans l'avenir son champ d'application.

(29) La théorie de l'autonomie de la volonté. *Rec. cours.* 16, pp. 58 à 60.

(30) *Harv. L. R.*, 23, p. 207.

CHAPITRE IV

LA LOI DU LIEU D'EXECUTION REGIT LA VALIDITE DU CONTRAT

L'application de la *lex loci executionis* à la validité des contrats est due directement à l'influence de Story ⁽¹⁾. On se souvient de la façon dont il traite le sujet : ⁽²⁾.

« D'une façon générale, la validité d'un contrat doit être déterminée par la loi du lieu où il a été conclu... Mais lorsque le contrat stipule... qu'il doit recevoir son exécution dans un autre lieu, la règle générale est alors que le contrat doit être régi par la loi du lieu d'exécution, conformément à la volonté présumée des parties. »

Story s'appuyait sur un certain nombre d'auteurs européens, sur l'arrêt du Banc du Roi dans *Robinson c. Bland* et sur quelques décisions américaines, entre autres celle qu'il avait rendue lui-même dans l'affaire *Reimsdyk c. Kane*.

L'origine de la règle est très importante, car elle explique l'incertitude qui règne dans son interprétation. Nous avions remarqué en effet que les textes de Huber et Story pouvaient être interprétés comme signifiant :

1. soit que la *lex loci solutionis* est toujours applicable, conformément à une présomption *juris et de jure* de l'intention des parties,

(1) V. Beale, What law governs the validity of a contract ? *Harv. L.R.*, 23, p. 206.

2. soit que la loi choisie par les parties régit le contrat, leur intention étant censée se porter *in dubio* sur la *lex loci solutionis* (présomption *juris tantum*).

Cette double possibilité d'interprétation doit toujours être présente à notre esprit. Il faut insister sur le fait que lorsqu'une cour américaine applique la loi du lieu d'exécution, cette application est toujours en rapport plus ou moins direct avec l'intention des parties. En étudiant la règle de la *lex loci contractus*, nous avons vu qu'elle est souvent appliquée ⁽³⁾ comme provenant d'une conception juridique propre, et ne procédant en aucune façon d'un respect plus ou moins conscient des juges pour la volonté des parties. Tel n'est pour ainsi dire jamais le cas en ce qui concerne la règle de la *lex soli solutionis*, et les arrêts qui usent de cette solution seront toujours d'une interprétation délicate. Nous aurons souvent de la peine à savoir si une cour applique la loi du lieu d'exécution comme devant toujours régir la validité du contrat, ou simplement en vertu d'une présomption de la volonté des contractants. Cette difficulté est du reste souvent relevée par les auteurs américains ⁽⁴⁾.

D'une façon générale, nous avons l'impression que la règle de la loi choisie par les parties est assez profondément enracinée dans l'esprit des juges américains. Ce qu'on appelle en Europe la théorie de l'autonomie de la volonté — le terme n'est jamais employé en Amérique — semble constituer pour eux un dogme dont ils ne peuvent jamais se séparer complètement. Quand ils appliquent une théorie différente, ou même une solution nettement incompatible avec la doctrine de l'autonomie, ils essaient néanmoins de ne pas rompre définitivement avec elle, ne fût-ce qu'en la mentionnant ici ou là, dans leur décision.

Ceci étant, il sera préférable, lorsqu'on rencontre un cas douteux d'application de la *lex loci solutionis*, de le ranger

(2) Conflict of laws, §§ 232 et 280, et *supra*, p. 37 ss.

(3) Par ex. : *Carnegie c. Morrisson* (2 Metcalf 381; 2 Beale, Casebook 337); *Gerli c. Cunard S/S Co* (48 F(2d) 115).

(4) V. Goodrich, *Handbook*, p. 236; Stumberg, *Validity of contracts Texas, L. R.*, 10, p. 174, n. 44.

sous la rubrique générale de l'autonomie de la volonté. Cette méthode nous amènera sans doute à classer comme se rattachant à la théorie molinienne des arrêts que certains auteurs donnent comme exemples d'application de la *lex loci solutionis* ⁽⁵⁾ : nous croyons néanmoins être plus près de la réalité en procédant de la sorte. C'est donc dans le chapitre consacré à l'application de la loi choisie par les parties que nous trouverons le plus grand nombre d'arrêts usant de la loi du lieu d'exécution. Pour le moment, nous nous contenterons de passer en revue quelques décisions où la Cour semble avoir une conviction bien marquée pour la *lex loci executionis*.

La détermination du *locus solutionis* ne soulève pas les mêmes discussions que celle du *locus contractus*. Il semble pourtant qu'on ait là un problème intéressant à discuter sur la base de la théorie des qualifications. Néanmoins, nulle part les auteurs américains ne soulèvent la question. Cela tient sans doute au fait que dans la plupart des cas, le lieu d'exécution résulte directement du contrat ; la recherche difficile qui se présente dans l'application de la loi du lieu de conclusion est alors évitée. Quand par exception le *locus executionis* n'apparaît pas dans le contrat, les cours présument que le contrat est exécutoire dans le lieu où il a été conclu ⁽⁶⁾. Cette proposition est supportée, semble-t-il, par le fait que de nombreuses cours qui se rattachent à la théorie de la *lex loci executionis* appliquent sans autre la loi du lieu de conclusion quand aucun lieu d'exécution n'est désigné dans le contrat. Elles semblent présumer qu'il s'agit alors d'un contrat conclu et exécutoire dans le même endroit ⁽⁷⁾. On ne retrouve donc pas aux Etats-Unis le système détaillé de présomptions dont font usage les codes européens ⁽⁸⁾. Plus loin, nous verrons les difficultés

(5) Cf. Goodrich, *op. cit.*, p. 237, n. 79 et l'affaire *Davis c. Aetna Mutual Fire Insurance Co* (34 A 464 ; 67 N. H. 218).

(6) « ...sauf preuve du contraire, le lieu d'exécution sera présumé être au lieu où le contrat a été conclu. » *New Domain Oil and Gas Co c. McKinney* (221 S. W. 245).

(7) V. *supra*, p. 53 ss.

(8) V. Code suisse des obligations, art. 74 ; Code civil français, art. 1247, Code civil allemand, art. 269 et 270. Cf. *infra*, p. 179.

soulevées par les conventions dont l'exécution doit avoir lieu dans plusieurs endroits différents : c'est le problème de la pluralité des lieux d'exécution.

Parmi les premiers arrêts américains que nous avons examinés plus haut, certains semblent pencher décidément du côté de la *lex loci solutionis* ⁽⁹⁾. Ainsi, en 1832, la Cour Suprême adopte dans *Cox c. The United States* ⁽¹⁰⁾ une formule qui est devenue « classique ⁽¹¹⁾ » aux Etats-Unis :

« C'est la loi du lieu où le contrat a été conclu, et non celle de l'endroit où l'action a été introduite, qui doit régir le contrat, à moins que les parties n'aient fixé son exécution dans un autre lieu; dans ce cas, la loi du lieu d'exécution régira le contrat. »

La première partie de la formule revient simplement à écarter la *lex fori* pour les contrats conclus et exécutoires dans un même état, lorsque la question de leur validité se pose devant un for étranger. La seconde partie par contre prononce l'application stricte de la *lex loci solutionis* à la validité des contrats.

Parmi ces premiers arrêts, il faut signaler aussi *Andrews c. Pond* ⁽¹²⁾, où la Cour Suprême déclare :

« Le grand principe en ce qui concerne les contrats conclus dans un endroit et exécutoires dans un autre, est bien établi : ils sont régis par la loi du lieu d'exécution. »

La Cour Suprême ne peut certainement pas être rangée parmi les cours appliquant régulièrement la loi du lieu d'exécution, c'est plutôt du côté de la doctrine de l'autonomie qu'elle semble se tourner le plus souvent. Néanmoins, on peut relever dans sa jurisprudence quelques arrêts qui, s'appuyant sur *Andrews c. Pond*, déclarent : ⁽¹³⁾

(9) *Thompson c. Ketcham* (4 Johns. 285) ; *Reimsdyk c. Kane* (1 Gall, 371, 374).

(10) 6 Pet., 172, 2 Beale, Casebook, 411.

(11) V. Beale; *Harv. L. R.*, 23, p. 82.

(12) 13 Pet. 65, 2 Beale, Casebook 344; surtout cité comme précédent dans les affaires d'intérêt usuraire.

(13) V. par ex. : *London Assurance c. Companhia de Moagens* (167 U.S. 149; 2 Beale, Casebook, 387).

« Généralement parlant, la validité et l'interprétation des contrats est régie par la loi du lieu d'exécution. »

Quand il publia en 1909 le résultat de ses recherches sur la validité des contrats en droit international privé, le Professeur Beale ne classa pas moins de 10 Etats comme appliquant la règle de la loi du lieu d'exécution ⁽¹⁴⁾, plus un certain nombre d'Etats douteux. Il signale en même temps que la tendance générale semble aller du côté de la loi choisie par les parties, et que les cours américaines tendent à se diviser entre celles qui appliquent la *lex loci contractus* et celles qui préfèrent la loi d'autonomie. Les sondages assez nombreux que j'ai pratiqués dans la jurisprudence de ces deux dernières décades semblent indiquer en effet une diminution du nombre des décisions appliquant la *lex loci solutionis*. Certes, on en rencontre encore passablement ⁽¹⁵⁾, mais, comme nous le verrons plus loin, la loi du lieu d'exécution est surtout appliquée aujourd'hui comme présomption de la volonté des contractants. Ainsi, dans l'Alabama, que M. Beale classait en 1909 comme se rattachant à la *lex loci solutionis*, deux décisions récentes ⁽¹⁶⁾ semblent indiquer que la Cour Suprême de cet Etat reconnaît la loi choisie par les parties. On pourrait faire la même remarque à propos de la Géorgie ⁽¹⁷⁾ et de la Pensylvanie ⁽¹⁸⁾.

Une difficulté particulière s'élève dans l'application de la *lex loci solutionis*, lorsque le contrat doit recevoir son exécution dans plusieurs états différents. C'est le cas pour un grand nombre de contrats bilatéraux, et en particulier pour de nombreux contrats de transport. La solution généralement admise dans ce cas est qu'il faut retourner à la *lex loci contractus*.

(14) *Harv. L. R.* 13, p. 207; ces Etats sont : Alabama, Géorgie, Iowa, Kansas, Kentucky, Mississippi, Michigan, New-Jersey, Pensylvanie, Dakota méridional.

(15) *New Domain Oil and Gas Co c. McKinney* (221 S. W. 245); *Johns-Manville c. Thrane* (141 N. E. 229); *Peppers c. Pennsylvania Door and Sash Co* (285 S. W. 5); *Pratt c. Sloan* (152 S. E., 275).

(16) *J.-R. Watkins c. Hill* (108 So 244); *New-York Life Ins. Co c. Scheuer* (73 So 409).

(17) *Beck and Gregg Hardware Co c. Southern Surety Co* (162 S.E. 405).

(18) *York Metals and Alloys Co c. Cyclops Steel Co* (124 A 752).

L'arrêt le plus souvent cité à cet égard est celui rendu dans l'affaire *Morgan c. New Orléans, M. et T. RR. Co* ⁽¹⁹⁾, où le Juge Bradley, ayant à choisir entre les lois de lieux d'exécutions différents, déclare :

« Dans l'embarras où je suis, je ne crois pas que je puisse faire mieux que de retomber sur la règle générale selon laquelle un contrat est régi par la loi du lieu où il a été conclu. »

Dans l'affaire *Fish c. Delaware, L. et W. RR. Co* ⁽²⁰⁾, la Cour d'Appel de New-York déclare à propos d'un contrat de transport que la règle générale est celle de la loi du lieu d'exécution, puis continue comme suit :

« Le contrat a été conclu dans le Michigan, où le transport commençait. Le lieu de destination était New-York, où la livraison devait avoir lieu. En transit, le convoi passait par plusieurs autres états, et le contrat devait être partiellement exécuté dans ces Etats, comme aussi dans le Michigan et dans chacun des états où le convoi devait passer, et on ne saurait présumer que les parties aient voulu une telle incertitude. »

Sur ce, citant une abondante jurisprudence, la Cour d'Appel renonce à appliquer sa règle générale et fait régir le contrat par la loi du lieu de conclusion ⁽²¹⁾.

Le point semble donc fermement acquis qu'en cas de pluralité de lieux d'exécution, les cours reviennent à la loi du lieu de conclusion, comme seule solution possible, et peut-être en désespoir de cause. Néanmoins, certaines cours semblent avoir voulu pousser le principe de la *lex loci solutionis* jusqu'au bout, et admettre la curieuse solution en vertu de laquelle la validité de chaque partie du contrat serait soumise à une loi différente, suivant son lieu d'exécution ⁽²²⁾.

L'application de la loi du lieu d'exécution, purement et sim-

(19) 2 Woods 244, 253.

(20) 105 N. E. 661; 211 N. Y. 374.

(21) V. aussi *Smith c. Compania Litografica de La Habana* (217 N.Y.S. 39), et les exemples cités dans Beale, *Harv. L. R.* 23, p. 96, n. 2 et p. 90, n. 9.

(22) *Midland Valley Ry Co c. Moran and Bolt Mfg Co* (97 S. W. 679; 80 Ark. 399); *Barter c. Wheeler* (49 N. H. 9, 29).

plement, semble donc être en défaveur aujourd'hui, devant les tribunaux des Etats-Unis. Cette défaveur, selon nous, est surtout due au fait que cette règle n'a jamais eu de base nette et indépendante, et qu'elle n'a pu se développer en une théorie vraiment solide de solution des conflits de lois. Nous verrons au chapitre suivant que la *lex loci solutionis* est encore largement appliquée, mais les cours diminuent sa portée par des expressions comme :

« ...à moins que les parties n'aient eu en vue la loi du lieu de conclusion. »

ou

« ...sauf intention contraire des parties. »

Elle n'est plus alors qu'une règle subsidiaire à la loi d'autonomie. La présomption que la loi du lieu d'exécution est applicable *in dubio* pourra être très forte : elle ne sera jamais irréfragable. Devant certaines juridictions, la preuve exigée pour renverser la présomption ne devra pas laisser le moindre doute, mais il apparaîtra toujours que la conviction intime des juges se porte sur la loi choisie par les parties. De plus, les difficultés rencontrées par les cours quand la convention doit recevoir exécution dans plusieurs Etats différents n'ont évidemment pas augmenté la popularité de notre règle.

CHAPITRE V

LA LOI CHOISIE PAR LES PARTIES

Avant de passer à la jurisprudence américaine, il est nécessaire de signaler que la règle de la loi choisie par les parties est prédominante en Angleterre ⁽¹⁾. Soutenue par plusieurs arrêts importants que nous allons examiner, cette règle jouit en outre de l'immense autorité de Dicey ⁽²⁾. Pour cet auteur, en effet, la validité intrinsèque (*essential validity*) du contrat est régie par ce qu'il appelle la loi propre du contrat (*proper law of the contract*). Cette loi n'est autre que celle choisie par les parties (ou que les parties peuvent être raisonnablement présumées avoir choisie) pour régir leur contrat.

Quelques exemples, choisis parmi les *leading cases* de la jurisprudence britannique, illustreront cette règle. L'arrêt *Hamlyn c. Talisker Distillery* ⁽³⁾ est l'un de ceux qui supportent le plus nettement la règle de l'intention. Le Lord Chancelier Herschell commence par y déclarer que la *lex loci contractus* et la *lex loci solutionis* sont toutes deux importantes, mais qu'aucune n'est vraiment déterminante.

« Dans cette affaire, écrit-il, comme dans toutes les affaires semblables, l'ensemble du contrat doit être examiné, et les droits qui en dérivent doivent être régis par l'intention des parties, telle qu'elle résulte du contrat. Ceux qui concluent un contrat... ont parfaitement le droit d'indiquer, par les termes qu'ils em-

(1) Beale, What law governs the validity of a contract ? *Harv. L. R.* 23, p. 79 ; *Goodrich, Handbook*, p. 235.

(2) *Conflict of laws*, règles 155 et 160.

(3) 1894 A. C., 202.

ploient, quel système juridique ils adoptent pour régir la construction de leur convention et la détermination des droits créés par elle. »

De même, dans *Lloyd c. Guibert* ⁽⁴⁾, le Banc de la Reine était d'avis que la construction exacte des termes du contrat était :

« ... la pierre de touche du droit applicable. »

Dans l'affaire *In re Missouri S/S Co* ⁽⁵⁾, Lord Fry définit comme suit le rôle du juge :

« Tenant compte de l'objet de la convention, du lieu de conclusion et du lieu d'exécution du contrat, quelle loi doit être présumée avoir été choisie par les parties pour régir le contrat ? »

Quand l'intention des parties ne résulte pas directement du contrat, les juges anglais usent pour la découvrir d'un certain nombre de présomptions. Il faut noter à ce propos que les cours britanniques usent des diverses présomptions de façon beaucoup moins rigide que la plupart des cours américaines. En général, elles recherchent en premier lieu si les parties ont exprimé, tacitement ou expressément, leur volonté quant à la loi applicable : c'est seulement si cette recherche est infructueuse qu'elles font appel à une présomption en faveur de la loi du lieu de conclusion, de la loi du pavillon, etc. De nombreux tribunaux américains au contraire ont adopté une technique juridique inverse. Leur règle est la suivante : la *lex loci contractus* (ou la *lex loci solutionis*) est applicable sauf intention contraire des parties. Autrement dit, ils mettent la présomption au premier rang, et la recherche de l'intention réelle des parties ne vient qu'à titre d'exception.

Les parties sont parfois présumées avoir choisi la loi du lieu de conclusion ⁽⁶⁾ ; parfois c'est vers la *lex loci executionis*

(1) 1 Q. B., 115.

(5) 42 Ch. D., 321; 2 Beale, Casebook, 315.

(6) *P. and O. S/S Co c. Shand* (3 Moo. P. C. (N.S.) 272).

que se dirigent les préférences de la Cour (7). D'autres fois encore, c'est la loi qui supporte la validité du contrat ou d'une de ses clauses qui est censée avoir été choisie, et non la loi qui en prononcerait la nullité (8) (principe : *ut res magis valeat quam pereat*). Dans les contrats de transport maritime la loi du pavillon est souvent appliquée (9).

L'un des traits les plus marquants de la jurisprudence britannique est l'indéniable tendance des juges anglais à décider que la loi choisie par les parties est la loi anglaise. Usant de l'une ou de l'autre des présomptions énumérées ci-dessus, les cours en arrivent presque toujours à juger qu'après tout le droit anglais seul peut avoir été choisi par les parties (10). En d'autres termes, sous des dehors assez libéraux, la jurisprudence anglaise applique en fait assez souvent la *lex fori*. Notons cependant qu'elle le fait sans l'avouer, et qu'elle n'arrive à ce résultat que sous le couvert des possibilités infinies de la théorie de l'intention (11).

Passons maintenant au droit américain. Comme nous l'avons vu dans l'introduction historique à cette étude (12), l'origine de l'application de la loi choisie par les parties aux Etats-Unis doit être recherchée dans l'affaire *Robinson c. Bland* (13), jugée par le Banc du Roi en 1760. Nous avons vu également comme le jugement de Lord Mansfield a été suivi par les cours du Nouveau-Monde, au début du XIX^e siècle, dans une jurisprudence d'ailleurs assez vague quant à la notion précise de la liberté laissée aux parties. Parmi ces premiers jugements américains, il faut citer ici l'arrêt *Wayman c. Southard* (14), qui reconnaît assez nettement l'autonomie de la volonté. Le Juge Marshall y déclare même que :

(7) *Chatenay c. Brizilian Submarine Tel. Co* (1 Q. B. 79) ; *Jacobs c. Crédit Lyonnais* (12 Q.B. 589 ; 2 Beale, Casebook 401).

(8) *Hamlyn c. Talisker Distillery* (*supra*, n. 3) ; *Peninsular and Oriental Steamship Co c. Shand* (*supra*, n. 6).

(9) *Lloyd c. Guibert* (*supra*, n. 4) ; *In re Missouri S/S* (*sup.*, n. 5).

(10) L'arrêt *Spurrier c. La Cloche* (1902 A. C. 446) est un frappant exemple de cette tendance.

(11) V. Stumberg, *Validity of contracts, Texas L. R.*, 10, p. 176.

(12) V. *supra*, p. 25 ss.

(13) 2 Burr. 1077 ; 1 W. Bl. 234, 256 ; 2 Beale, Casebook, 309.

(14) 10 Wheat. 1, 48.

« le principe selon lequel un contrat est régi par la loi en vue de laquelle il a été fait (est) un principe de droit universel. »

Le principe selon lequel les parties ont le droit de choisir d'un commun accord le droit qui doit régir leur convention a été maintes fois affirmé par les cours américaines. La Cour Suprême, dans l'arrêt fréquemment cité qu'elle a rendu dans l'affaire *Pritchard c. Norton* ⁽¹⁵⁾, expose comme suit la doctrine de la loi choisie par les parties :

« La loi que nous recherchons, et qui doit régir la nature, l'interprétation et la validité de l'engagement en question, est celle que les parties ont expressément ou présomptivement incorporé dans leur contrat... »

Dans les décisions récentes des tribunaux américains, on trouve de nombreuses confirmations de cette manière de voir. Ainsi, en 1928, une Cour Fédérale de District déclarait ⁽¹⁶⁾ :

« L'intention manifeste des parties était que leurs droits fussent régis par le droit du Massachussets; il semble n'exister aucune bonne raison pour rejeter la règle bien connue selon laquelle, lorsque les contractants stipulent que leurs droits et obligations seront déterminés par application de tel ou tel droit, cette intention doit être respectée par la Cour. »

Enfin, un siècle après *Wayman c. Southard*, nous voyons une Cour ⁽¹⁷⁾ faire une fois de plus du respect de la volonté des parties :

« un principe de droit universel. »

Il ne faudrait cependant pas s'imaginer que les parties jouissent de la plus complète liberté dans leur choix de la loi applicable. L'examen de la jurisprudence nous montrera

(15) 106 U. S. 124, 2 Beale, Casebook 330.

(16) *Liberty National Bank Trust Co c. New-England Investors Inc.* (25 F(2d) 493).

(17) *Chalmers and Williams c. Surprise* (123 N. E. 841); V. aussi *Fidelity Loan Securities Co c. Moore* (217 S. W. 286); *Jefferis c. Kanawha Fuel Co* (196 N. W. 238); *Brotherhood of RR. Trainmen c. Adams* (5 S. W. (2d) 96).

que dans la pratique il est très rare que les cours appliquent une autre loi que la *lex loci contractus* ou la *lex loci solutionis*. Même placé devant une référence expresse au droit de tel ou tel état, le tribunal se refusera à la suivre si l'état en question n'a pas quelque rapport avec le contrat. Ainsi, dans un arrêt récent, une Cour s'opposa à la volonté des parties, qui avaient expressément stipulé de faire régir leur contrat par le droit du Delaware, dans les termes suivants ⁽¹⁸⁾ :

« ...le dossier ne montre pas qu'aucune transaction ait eu lieu dans le Delaware, ou que les parties n'aient eu en vue soit la conclusion, soit l'exécution du contrat dans cet Etat. Pour cette raison, la stipulation doit être considérée comme sans fondement... »

Cette interdiction d'adopter la loi d'un Etat sans rapport avec le contrat n'est, semble-t-il, qu'un des aspects de l'élément de bonne foi, généralement exigé des parties qui font une clause de compétence. C'est surtout à propos des affaires d'intérêt usuraire que les cours mettent en évidence l'exigence de la bonne foi dans le choix de la loi applicable ⁽¹⁹⁾. Les parties ne peuvent désigner arbitrairement, et sans autre motif que celui de tourner la loi du lieu de conclusion, un droit applicable sans rapport avec le contrat, mais qui autorise un taux d'intérêt plus élevé que la loi du lieu de conclusion.

Ces affaires impliquant une question d'intérêt usuraire (*usury cases*) sont du reste celles où la théorie de la loi choisie par les parties joue le plus librement. Les cours ont une tendance très marquée à écarter dans la mesure du possible les prohibitions établies par les lois sur l'usure. Un juge a été jusqu'à dire ⁽²⁰⁾ :

« Il semble que la règle de droit applicable aux contrats conclus dans un état pour être exécutés dans un autre est

(18) *Bundy c. Commercial Credit Co* (157 S. E. 860).

(19) *Andrews c. Pond* (13 Pet. 65; 2 Beale, Casebook 344); *Miller c. Tiffany* (1 Wall. 298); *Scott c. Perlee* (39 Ohio State 63, 2 Beale, Casebook 357); *Am. Freehold Land and Mortgage Co c. Jefferson* (12 So 464).

(20) *Bigelow c. Burnham* (83 Iowa 120; 2 Beale, Casebook 361).

modifiée ou atténuée quand il s'agit de contrats contenant une stipulation d'intérêt, de telle façon que l'intention des parties est respectée, comme concession au commerce et au négoce. »

D'une façon générale, les parties sont parfaitement libres de stipuler pour la loi qui autorise l'intérêt le plus élevé, à condition toutefois qu'elles soient de bonne foi ; l'existence de la bonne foi est présumée ⁽²¹⁾.

Il est indéniable que les *usury cases* ne sont pas restés sans influence sur l'ensemble de la jurisprudence en matière d'obligations contractuelles. Cette influence est limitée par le fait que les conflits de lois en matière d'usure forment une classe à part, généralement considérée comme telle par la jurisprudence et la doctrine. Néanmoins, plusieurs arrêts de la Cour Suprême, rendus dans des affaires d'intérêt usuraire, ont fait jurisprudence d'une façon générale, et ont contribué fortement au développement de la doctrine de l'intention des parties dans l'ensemble du droit international privé en matière d'obligations contractuelles.

Un certain nombre de cours américaines reconnaissent aux parties le droit de choisir le droit applicable à leur convention. Les parties font-elles usage de ce droit ? Très rarement. Dans la pratique, on ne voit pour ainsi jamais des particuliers insérer dans les contrats qu'ils concluent une *professio juris* en faveur de tel ou tel droit. L'intention des parties n'est guère exprimée que dans les contrats signés par des compagnies dont l'activité comporte la conclusion d'un grand nombre de contrats de même genre : compagnies de navigation, d'assurance, de chemin de fer, etc. Faute de stipulation expresse, les cours cherchent l'intention tacite des parties. Ce terme d'« intention tacite » ne correspond guère à la réalité ; en effet, la plupart du temps, les parties n'auront pas pensé le moins du monde aux problèmes de droit international privé soulevés par leur contrat. En d'autres termes, les tribunaux ne recherchent pas tant la loi choisie tacitement par les con-

(21) *Tilden c. Blair* (21 Wall. 241) ; *Bigelow c. Burnham* (*supra*, n. 20) et les arrêts cités sous n. 19, *supra*.

tractants que la loi que les parties eussent probablement choisie si on avait attiré leur attention sur la question.

Toute cette question est fort bien exprimée dans un jugement new-yorkais, l'arrêt *Grand c. Livingstone* ⁽²²⁾.

« On ne saurait dire que la question de l'intention comprenne l'opération mentale des parties, au moment de la conclusion du contrat. En réalité, elles ne se sont probablement pas arrêtées sur le point de rechercher quel était l'effet juridique de leur accord, ou de considérer si une différence existait entre les lois des deux pays. Aussi, quand nous parlons de l'intention des parties, nous usons de ce qu'on pourrait peut-être appeler une « fiction juridique ». Néanmoins, la loi interroge les agissements des parties et les circonstances environnantes qui ont pu les influencer, ensuite, elle présume que l'intention des parties est en accord avec ces agissements et ces circonstances. »

Pour être fidèle à la doctrine de l'autonomie, les cours devraient dans chaque espèce examiner toutes les circonstances de l'affaire, puis, en connaissance de cause, se prononcer sur la loi que les parties seront présumées avoir choisie. Cette technique est presque complètement délaissée aux Etats-Unis. Les cours font usage d'une présomption de l'intention, appliquée et répétée automatiquement d'arrêt. Elles ne se demandent pas : « Quelle est l'intention des parties ? », mais bien : « Existe-t-il une intention des parties contraire à la présomption que nous employons habituellement ? » Une technique de ce genre a évidemment pour effet de restreindre passablement l'étendue de l'autonomie des contractants, et, dans certains cas-limites, de la supprimer tout à fait. La présomption sera alors devenue péremptoire, et la mention de l'intention des parties ne figurera plus que comme explication de la règle.

Nous allons maintenant passer en revue la jurisprudence américaine dans les trois formes prises le plus fréquemment par la présomption de l'intention des parties : *lex loci contractus*, *lex loci executionis*, principe : *ut res magis valeat quam pereat*.

(22) 38 N. Y. S. 490.

Un certain nombre de cours estiment que lorsque les parties n'ont pas désigné expressément la loi applicable, c'est le droit du lieu de conclusion qu'elles doivent être présumées avoir choisi. Il est bien entendu que les seuls cas qui nous intéressent ici sont ceux où le lieu de conclusion et le lieu d'exécution sont dans des états différents. Il est nécessaire de poser cette question préliminaire aussi clairement que possible, faute de quoi, on risquerait d'être induit en erreur par la mauvaise terminologie d'un grand nombre de cours. En effet, comme nous l'avons vu plus haut, certains tribunaux traitent le problème de la façon suivante : ils établissent que la *lex loci contractus* est applicable, à moins que les parties n'aient en vue un autre lieu pour l'exécution de leur contrat. Ce que les cours veulent réellement dire, c'est que la *lex loci executionis* est toujours applicable dans les contrats qui nous intéressent, mais que les contrats conclus et exécutoires dans le même état sont soumis à la loi de cet état. C'est là une méthode défectueuse et qui prête à confusion. Cette insistance des cours à parler en premier lieu de la loi du lieu de conclusion ne fait qu'obscurcir le problème. Dans les quelques cas que nous citerons ici, il s'agira donc toujours de contrats dont le *locus contractus* et le *locus executionis* ne sont pas dans le même état.

Le *leading case* de la jurisprudence que nous examinerons maintenant est l'affaire *Liverpool et G.W. S/S Co c. Phenix Ins. Co* ⁽²³⁾. Il s'agissait d'un contrat de transport maritime conclu à New-York entre un citoyen américain et la recourante, une compagnie de navigation anglaise. Des marchandises devaient être transportées de New-York à Liverpool ; le contrat contenait une clause qui limitait la responsabilité de la compagnie. La dite clause était valable en droit anglais, nulle en droit américain. Le bateau qui transportait les marchandises fit naufrage ; dans le procès qui suivit entre la Phenix Ins. Co, qui avait assuré les marchandises, et la compagnie de navigation, la question se posa de savoir quelle loi

(23) 129 U. S. 397; 2 Beale, Casebook 322.

devait régir le contrat, et en particulier la clause qui limitait la responsabilité de la recourante.

La Cour Suprême après avoir passé en revue les arrêts anglais *Robinson c. Bland* ⁽²⁴⁾, *Lloyd c. Guibert* ⁽²⁵⁾ et *P. and O. S/S Co c. Shand* ⁽²⁶⁾, continue comme suit :

« Cette revue des principaux arrêts montre que conformément à la majeure partie, sinon à la totalité de la jurisprudence, la règle générale est que la nature, la force obligatoire et l'interprétation d'un contrat doivent être régis par la loi du lieu de conclusion, à moins que les parties n'aient eu quelque autre loi en vue. »

Plus loin, la Cour insiste sur le fait que la loi du lieu de conclusion est applicable,

« ...à moins que les parties, au moment de la conclusion du contrat, ne manifestent clairement que leur commune intention est de faire régir leur convention par le droit de quelque autre état. »

Appliquant cette théorie à l'affaire en cause, la Cour Suprême prononce :

« Le contrat est un contrat américain, régi par le droit américain. Selon notre droit, la clause par laquelle la recourante entreprit de limiter sa responsabilité... est nulle. »

Il faut noter ici que sur la base de faits exactement semblables à ceux que nous venons de voir, la Cour d'Appel de Grande-Bretagne, dans *In re Missouri S/S Co* ⁽²⁷⁾, prononça que conformément à l'intention des parties, le droit anglais était applicable. Autrement dit, partant chacune de la même doctrine (celle de la loi choisie par les parties), la Cour Suprême des Etats-Unis et la Cour d'Appel britannique arrivent à des résultats diamétralement opposés, dans leur recherche

(24) 2 Burr. 1077 ; 1 W.Bl. 234, 256, 2 Beale, Casebook 309.

(25) 1 Q. B., 115.

(26) 3 Moo. P. C. (N. S.), 272.

(27) 42 Ch. D. 321 ; 2 Beale, Casebook 315.

de l'intention présumée des contractants ; et toutes deux appliquent en fin de compte la *lex fori* !

Pour en revenir à *Liverpool et G. W. S/S Co c. Phenix Ins. Co*, il faut noter encore que la méthode de la Cour Suprême est caractéristique de la technique juridique des cours américaines. Elle met la présomption d'application de la *lex loci contractus* au premier rang, et ne présente qu'à titre d'exception l'intention réelle des parties.

Conformément à la méthode que nous avons adoptée, voyons maintenant si cette manière d'envisager la règle de la loi d'autonomie est encore courante dans la jurisprudence américaine moderne. Les sondages que nous avons pratiqués dans les recueils d'arrêts de ces quinze dernières années tendent à montrer que cette règle est encore très employée. Ainsi, en 1922, la Cour Suprême déclarait : ⁽²⁸⁾

« Le contrat a été conclu à New-York, et il n'est pas montré que les parties contractantes, au moment de sa conclusion, aient eu en vue un autre droit que celui du lieu de conclusion. Par conséquent, en ce qui concerne sa validité, le contrat doit être régi par les lois de l'Etat de New-York. »

C'est là exactement la même forme de raisonnement que celle de *Liverpool S/S Co c. Phenix Ins. Co*, et c'est en citant ce *leading case* qu'une Cour d'Appel Fédéral récemment encore usait d'une formule identique ⁽²⁹⁾. En 1927, la Cour Suprême de l'Etat d'Iowa reprenait la règle en ces termes : ⁽³⁰⁾

« C'est une règle générale trop bien établie pour avoir besoin de référence jurisprudentielle, que celle qui fait régir le contrat par la loi du lieu de conclusion, en l'absence de stipulation contraire (des parties). »

Nous rencontrons des déclarations analogues aux quatre coins

(28) *Gaston, Williams and Wigmore of Canada, Ltd c. Warner* (43 S. Ct. 18).

(29) *Federal Surety Co c. Minneapolis G. and M. Co* (17 F(2d) 242).

(30) *County Saving Bank c. Jacobson*. (211 N. W. 864).

des Etats-Unis, de l'Etat de New-York ⁽³¹⁾ à celui d'Orégon ⁽³²⁾, de l'Arizona ⁽³³⁾ en Géorgie ⁽³⁴⁾, etc.

Dans certaines affaires, les cours, en appliquant la *lex loci contractus*, mentionnent l'intention des parties de façon si timide, qu'on peut se demander si elles appliqueraient vraiment cette intention, le cas échéant ⁽³⁵⁾. Sous l'influence du Restatement, c'est peut-être dans cette direction que les cours se dirigeront maintenant, et il est possible que tout en appliquant de façon absolue la *lex loci contractus*, elles mentionnent encore l'intention des parties, comme une marque de respect pour le passé.

Voyons maintenant quelques cas où les cours usent de la présomption de la *lex loci solutionis*. Ici, quand l'intention des parties n'apparaît pas clairement au juge, il appliquera la loi du lieu de conclusion, dans l'idée que les parties, l'auraient choisie si on avait attiré leur attention sur ce point. Nous pourrions répéter ici les remarques faites au sujet de l'application de la présomption de la loi du lieu de conclusion ; on pourrait en effet résumer la jurisprudence sous cette forme abrégée : la *lex loci solutionis* est applicable, sauf intention contraire des parties.

Le jugement de la Cour Suprême dans l'affaire *Hall c. Cordell* ⁽³⁶⁾ est l'un de ceux qui sont le plus souvent cités comme soutenant cette présomption. Quoique l'affaire portât sur une question de forme, la Cour décida l'affaire sur la base des principes généraux, et sans distinguer entre validité formelle et validité matérielle. Après avoir établi que le lieu d'exécution était dans l'Illinois, la Cour ajoute :

« Il n'y a rien dans le dossier qui montre que les parties aient eu en vue... une autre loi que la loi du lieu d'exécution. Par con-

(31) *Denihan c. Finn-Iffland Co* (256 N. Y. S. 801); *Vander Horst c. Kittredge* (241 N. Y. S., 302).

(32) *Eli Bridge c. Lachmann* (265, P. 435).

(33) *Forgan c. Brainbridge* (274, P. 155).

(34) *Beck and Gregg Hardware Co c. Southern Surety Co* (162 S. E., 405).

(35) *Baxter National Bank c. Talbot* (28 N. E. 163; 154 Mass. 213); *Jewett c. Keystone Driller Co* (185 N. E. 369).

(36) 142 U. S. 116; 2 Beale, Casebook 306.

séquent, c'est cette loi qui doit déterminer les droits des parties. »

Cette règle jouit encore de passablement de faveur dans la jurisprudence américaine moderne. Ainsi, nous voyons une Cour d'Appel Fédérale déclarer ⁽³⁷⁾ :

« La règle générale est que... la loi du lieu d'exécution régit la validité, plutôt que la loi du lieu de conclusion, car telle est l'intention présumée des parties. Mais le droit du lieu de conclusion régira le contrat, si une intention en ce sens est exprimée par les parties ou résulte des circonstances. »

En dehors des cours fédérales, la règle selon laquelle l'intention des parties est présumée se porter sur la *lex loci solutionis* est appliquée par de nombreuses cours d'Etat. Ainsi dans l'Etat de New-York : ⁽³⁸⁾

« Quand un contrat doit être exécuté dans un endroit différent de celui de sa conclusion, la présomption est que les parties ont choisi la *lex loci solutionis* pour régir leur contrat. »

Il en est de même en Pensylvanie ⁽³⁹⁾, ainsi que dans l'Illinois, dont la Cour Suprême, citant une abondante jurisprudence de cet Etat, déclare : ⁽⁴⁰⁾

« Si un contrat est conclu dans un Etat, mais doit être exécuté dans un autre Etat, la loi du lieu d'exécution déterminera la validité... Les parties sont présumées contracter en vue de la loi du lieu d'exécution... plutôt qu'en vue de la loi du lieu de conclusion. »

Ces quelques citations montrent que cette présomption est encore en faveur dans plusieurs Etats importants. Elle est

(37) *New-England Oil Corp. c. Island Oil Marketing Corp.* (288 F. 961); V. aussi *Hamilton c. Glassel* (57 F(2d) 1032).

(38) *Smith c. Compania Litografica de La Habana* (217 N. Y. S., 39).

(39) *York Metal and Alloys Co c. Cyclops Steel Co* (124 A 752).

(40) *George c. Haas* (143 N. E. 54).

(41) V. aussi : *Denio Milling Co c. Malin* (165, p. 1113); *J.R. Watkins c. McMullan* (6 S. W. (2d) 823); *Balee c. Hidalgo Country Water Improvement Dist.* (242 N. Y. S., 676).

certainement l'un des éléments essentiels de la technique de la détermination de la volonté des parties, dans le système juridique actuel des Etats-Unis.

Une troisième présomption utilisée par les cours américaines est celle suivant laquelle les parties sont présumées avoir choisi la loi qui soutient la validité de leur engagement, et non celle qui en prononce la nullité. Cette présomption est basée sur l'axiome : *ut res magis valeat quam pereat* ⁽⁴²⁾, et, faute d'un meilleur terme, nous l'appellerons principe *ut res magis* pour la facilité de l'exposition ⁽⁴³⁾.

L'un des *leading cases* dans l'application de ce principe est l'affaire *Pritchard c. Norton* ⁽⁴⁴⁾. Le contrat dans cette affaire avait été conclu à New-York, et était exécutoire en Louisiane. Il était nul en droit newyorkais, valable selon le droit louisianais. La Cour Suprême, ayant affirmé la doctrine de la loi choisie par les parties, poursuit comme suit :

« Philimore dit : « Les parties ne peuvent être présumées avoir choisi une loi qui détruirait leur engagement... » Cette règle... serait concluante comme entraînant l'application du droit de la Louisiane, qui soutient la validité de l'engagement du débiteur... En tout cas, c'est une circonstance fortement persuasive en elle-même de l'intention présumée des parties, et elle doit prévaloir en l'absence de preuve expresse et positive d'une intention contraire. »

L'affaire *Pritchard c. Norton* portait sur la *considération* d'un contrat. Un conflit était facile à prévoir entre le *common law* applicable à New-York, et le droit civil en vigueur en Louisiane. Mais de tels conflits sont plutôt rares, et le grand champ d'application du principe *ut res magis* se trouve dans les

(42) Ce principe est exprimé par le texte fameux du *Digeste* : « Quotiens in actionibus aut in exceptionibus ambigua oratio est, commodissimum est id accipi, quo res de qua agitur magis valeat quam pereat. » (*D.*, 34, 5. De reb. dub. 12.)

(43) Stumberg (*Texas L. R.* 10, p. 168) fait de la règle *ut res magis* une quatrième règle de solution des conflits, distincte des trois que nous étudions. Cette classification doit, selon moi, être repoussée, la règle *ut res magis* étant toujours en rapport étroit avec le principe de l'autonomie de la volonté.

(44) 106 U. S. 124; 2. Beale, Casebook 330.

affaires d'intérêt usuraire. Là, les lois des différents Etats de l'Union sont très différentes les unes des autres, et les parties seront alors présumées avoir choisi la loi qui permet l'intérêt le plus élevé.

Voici par exemple le langage de la Cour dans *Scott c. Perlee* ⁽⁴⁵⁾,

« Il est aujourd'hui presque universellement admis que lorsqu'un contrat est conclu dans un Etat pour être exécuté dans un autre... et que le taux d'intérêt n'est pas le même dans les deux Etats, les parties peuvent, de bonne foi, stipuler pour l'intérêt admis par l'un des deux Etats et déterminer ainsi expressément la loi applicable à cette partie du contrat.

« Quand un contrat de ce genre prévoit expressément un taux d'intérêt, légal dans un Etat mais usuraire dans l'autre, les parties seront présumées avoir choisi la loi de l'Etat où le taux d'intérêt prévu par le contrat est légal. »

Dans une autre affaire d'usure ⁽⁴⁶⁾, le taux d'intérêt fixé contractuellement était usuraire selon le droit new-yorkais, mais légal selon la législation de l'Etat d'Iowa :

« On ne saurait présumer, déclare la Cour dans cet arrêt, que les parties désiraient soumettre le contrat au droit de New-York. Une telle présomption signifierait que les parties auraient eu la bêtise ou la malhonnêteté de conclure en connaissance de cause un contrat frappé de nullité. Le droit ne présume pas que les parties agissent par bêtise ou malhonnêteté, mais plutôt qu'elles désirent en toute bonne foi que leurs actes soient valides, et qu'ils soient ce qu'ils prétendent être.

Le principe *ut res magis* est encore largement employé dans la jurisprudence moderne ⁽⁴⁷⁾. Une cour admettait même récemment ⁽⁴⁸⁾ que cette présomption devait triompher de la présomption de la loi du lieu d'exécution, lorsque toutes deux sont en conflit.

C'est en vertu du principe *ut res magis* que certaines cours ont poussé le plus loin la doctrine de l'autonomie de la volon-

(45) 39 Ohio State 63; 2 Beale, Casebook 357.

(46) *Bigelow c. Burnham* (83 Iowa 120; 2 Beale, Casebook 361).

(47) V. par exemple : *Joffe c. Bonn.* (14 F(2d) 50); *Storing c. National Surety Co* (215 N. W. 875).

(48) *Mueller c. Ober* (215 N. W. 781).

té. En effet, dans certaines affaires d'usure, les tribunaux ont prononcé qu'une stipulation d'intérêt, usuraire aussi bien en vertu de la *lex loci contractus* que de la *lex loci solutionis*, était valide en vertu de la loi d'un état tiers, loi présomptivement adoptée par les parties. Autrement dit, les cours admettent que les parties choisissent une autre loi que la loi du lieu de conclusion ou celle du lieu d'exécution, contrairement à la jurisprudence traditionnelle.

L'une des plus connues de ces affaires est la cause *Arnold c. Potter* ⁽⁴⁹⁾. Il s'agissait d'un billet de change souscrit et délivré dans le Massachussetts. Le lieu de paiement était New-York. Le taux d'intérêt stipulé était usuraire aussi bien selon le droit de New-York que selon la législation du Massachussetts. Néanmoins, la Cour Suprême de l'Etat d'Iowa prononça la validité du taux d'intérêt, comme conforme au droit de l'Iowa. La décision se base sur le fait que l'immeuble qui garantissait le paiement était situé dans cet Etat, et qu'en outre le débiteur y était domicilié. Le fait que la loi d'Iowa était aussi *lex fori* n'est peut-être pas indifférent à cette décision. La Cour note en effet qu'une décision en sens contraire :

« ...forcerait nos cours à appliquer les lois d'autres Etats, quand les parties se sont mises d'accord pour être régies par notre droit. »

On rencontre, dans le domaine du droit de change et des taux d'intérêt usuraires d'autres arrêts ⁽⁵⁰⁾ appliquant la loi de la situation de l'immeuble hypothéqué en garantie du paiement de la traite, cette loi n'étant ni la *lex loci contractus*, ni la *lex loci solutionis*. Ces quelques arrêts ne doivent cependant pas être considérés comme caractéristiques de la jurisprudence américaine. Ils sont tous relatifs à un domaine très spécial, et la jurisprudence qui en découle n'est qu'une exception qui confirme la règle générale, selon laquelle le choix des contractants est limité entre les lois du lieu de conclusion et du lieu d'exécution.

(49) 22 Iowa 194.

(50) V. par ex. : *Dugan c. Lewis* (14 S. W. 1024); *Green c. Northwestern Trust Co* (150 N. W. 229).

CONCLUSIONS SUR LE DROIT POSITIF

Il est temps, semble-t-il, de résumer nos vues sur le droit positif américain. Le chemin que nous venons de parcourir a montré l'extraordinaire diversité des opinions jurisprudentielles. Les arrêts des différentes cours de l'Union forment en vérité un tableau si bigarré qu'il est difficile de le résumer en quelques lignes par une formule générale.

Il est par contre plus aisé de définir négativement les formules américaines de solution des conflits de lois en matière de contrats. Je veux dire par là qu'en énumérant les points qui ne retiennent pas l'attention des tribunaux des Etats-Unis, nous arriverons à délimiter le champ laissé libre aux diverses solutions proposées par la jurisprudence. Cette frontière une fois tracée, nous saurons exactement où nous devons borner nos recherches et nos critiques.

Un premier détail aura sans doute retenu l'attention du lecteur européen de mon tableau du droit positif américain. Ce détail, un détail négatif, c'est l'absence absolue de toute référence à la *lex patriæ*. Le point de rattachement constitué par la nationalité des parties n'est jamais relevé par les cours américaines. Il serait du reste assez curieux de trouver dans le chapitre spécial des conflits de lois en matière d'obligations contractuelles une règle de rattachement qui n'existe dans aucun domaine du droit international privé américain. On sait en effet que le statut personnel, si souvent régi en Europe par la loi nationale, dépend dans le système juridique anglo-saxon de la *lex domicilii*. Nous pouvons donc, dorénavant, laisser complètement de côté la règle de la *lex patriæ* des parties, et l'ignorer comme l'ignorent la jurisprudence et la doctrine des Etats-Unis.

Pouvons-nous en dire autant de la *lex domicilii* ? Le domicile est un point de rattachement fort important en droit anglo-américain. Néanmoins, dans le domaine des obligations contractuelles, nous pouvons également le passer sous silence. Cette exclusion est justifiée en tout cas en ce qui concerne le

droit américain. En effet, même la capacité des parties échappe à la loi du domicile, pour être régie par la loi du lieu de conclusion du contrat. Nous avons il est vrai signalé quelques arrêts en sens opposé, mais ces décisions sont nettement en minorité ; en Angleterre par contre, c'est la *lex domicilii* qui est la règle générale en ce qui concerne la capacité contractuelle. Dans les espèces soulevant une question d'intérêt usuraire, quelques décisions ont été rendues, qui appliquent la *lex domicilii* de l'une des parties à la validité des contrats. Là aussi, il ne s'agit que d'opinions exceptionnelles, qui ne s'expliquent que par l'animosité des juges à l'égard des lois contre l'usure. De tels arrêts sont toujours rendus sur la base de la théorie de l'intention, et sur la présomption *ut res magis* de la volonté des contractants. Ces décisions isolées, rendues dans des espèces intéressant la capacité de la femme mariée ou dans des *usury cases*, ne sauraient nous masquer la règle générale. Nous pouvons donc affirmer que la *lex domicilii* ne joue pas de rôle dans les conflits de lois en matière d'obligations contractuelles : nous l'écartérons du champ de nos recherches, comme nous avons laissé de côté la loi nationale.

C'est aussi dans des affaires d'intérêt usuraire que nous avons rencontré une ou deux décisions soumettant la validité du contrat à la *lex rei sitæ* de l'immeuble hypothéqué en garantie de la dette. Ce n'est là qu'une solution des plus exceptionnelles, et nous pouvons laisser de côté la *lex rei sitæ* en ce qui concerne la validité des contrats, question qui doit naturellement être distinguée de celle de l'acquisition de droits réels sur un immeuble, même si cette acquisition se trouve être de source contractuelle.

Lex patriæ, lex domicilii, lex rei sitæ, voilà au moins quelques essences qui ne pousseront pas dans la forêt vierge de décisions judiciaires que nous avons entrepris de défricher. Cette exclusion nous sera tout particulièrement précieuse dans notre étude de la loi d'autonomie, puisqu'elle limite *ipso facto* et dans une mesure considérable la liberté des parties dans le choix de la loi applicable.

Un autre trait caractéristique de la jurisprudence améri-

caine, c'est la généralité des règles qu'elle propose. Même lorsqu'elles ne passent qu'incidemment sur un problème de conflits de lois, les cours prennent soin d'indiquer que la règle qu'elles appliquent est une *general rule*. Il résulte d'un tel usage que les règles de rattachement ne sont pas spécialisées pour certains contrats, comme cela aurait pu se produire. Je veux bien que les cours citent souvent comme précédents des arrêts visant des contrats du même genre que celui sur lequel elles ont à se prononcer. Néanmoins, cette habitude n'est pas allée jusqu'à créer des règles fixes et spéciales pour les contrats de vente, de bail, de transport, etc. On ne trouve donc pas dans la jurisprudence américaine un système détaillé de règles précises pour les différents contrats (vente, bail, louage, lettre de change, etc.) ou pour les contrats de formation différente (contrat par correspondance, contrat sur offre générale), systèmes dont il existe plusieurs exemples dans la doctrine.

Nous connaissons plusieurs règles de droit international privé américain en ce qui concerne la validité des contrats ; la situation est donc d'autant plus grave, puisque chacune d'elles prétend à l'universalité. Chaque solution est donnée comme *general rule*, tout en étant logiquement inconciliable avec les autres.

Maintenant que nous avons déblayé un peu le terrain, nous pouvons essayer de formuler quelques règles. Nous ne prétendons pas que ces règles soient définitives, ni même qu'elles soient tout à fait exactes. Il serait facile de trouver une ou plusieurs exceptions à chacun des principes que nous énoncerons ; ces exceptions, nous les avons nous-même relevées aussi consciencieusement que possible dans notre panorama du droit positif. Notre but est simplement de présenter sous une forme abrégée les grandes lignes de la jurisprudence américaine sur le point qui nous intéresse.

1° la *capacité* est régie par la *lex loci contractus*.

2° la *forme* est régie par la *lex loci celebrationis*.

3° la *validité* des contrats conclus et exécutoires dans le même Etat est régie par la *lex loci contractus et executionis*.

4° la *validité* des contrats conclus dans un Etat et exécutés dans un autre Etat est régie :

- A. soit par la *lex loci contractus* comme règle absolue ;
- B. soit par la *lex loci executionis* comme règle absolue ;
- C. soit par la loi d'autonomie ; le choix des parties est limité à la loi du lieu de conclusion et à la loi du lieu d'exécution.
In dubio, la volonté des contractants est présumée se porter :
 - a) sur la *lex loci contractus* (règle subsidiaire) ;
 - b) sur la *lex loci executionis* (règle subsidiaire) ;
 - c) sur la loi désignée par le principe *ut res magis*.

TITRE III

LA DOCTRINE MODERNE AUX ETATS-UNIS

Avant de passer à la critique des solutions jurisprudentielles américaines, il convient de savoir ce qu'en pensent les juristes américains eux-mêmes. C'est en particulier l'opinion actuelle des savants d'Outre-Atlantique qui nous intéresse. C'est dire que nous laisserons de côté des auteurs tels que Wharton et Minor, qui appartiennent au XIX^e siècle. On nous objectera peut-être le chapitre entier que nous avons consacré à Story, mais il est clair qu'on ne saurait passer sous silence l'œuvre de Story dans une étude du droit positif américain. Son influence actuelle est encore considérable, ce qu'on ne saurait dire de Wharton ou de Minor, qui ne sont plus guère cités aujourd'hui, ni par la jurisprudence, ni même par la doctrine.

Deux noms dominent actuellement la science du droit international privé aux Etats-Unis : celui de M. Beale, professeur à l'Université de Harvard, et celui de M. Lorenzen, professeur à l'Université de Yale. Ces deux savants ont chacun leur conception propre du droit international privé, et ces conceptions sont fréquemment opposées ⁽¹⁾, en particulier sur la question des obligations contractuelles. Nous consacrerons donc un cha-

(1) Sur les divergences entre les systèmes des deux professeurs, voyez les pages excellentes de M. Wigny, *Essai sur le droit international privé américain*, p. 44 ss.

pitre aux idées de M. Beale, un autre à celles de M. Lorenzen.

En second lieu, nous étudierons brièvement les vues de quelques autres auteurs américains, moins connus peut-être, en Europe en tout cas, que les maîtres de Harvard et de Yale, mais néanmoins fort dignes d'intérêt. Il s'agit de M. Goodrich, professeur à l'Université du Michigan, du Professeur Stumberg, de M. Greene, du barreau de New-York, et du Professeur McClintock, de l'Université du Minnesota.

Enfin, le « Restatement of the law of the conflict of laws », cette codification du droit international privé, entreprise à titre privé par l'Institut de Droit Américain, retiendra encore notre attention. Le grand avenir qui attend peut-être cette codification, comme aussi son incontestable intérêt scientifique, valent bien les quelques pages que nous y consacrons.

CHAPITRE PREMIER

LE SYSTEME DU PROFESSEUR BEALE

Nous étudierons les vues de M. Beale dans les ouvrages suivants :

1. Tout d'abord dans les conclusions à l'étude qu'il publia en 1909 dans la *Harvard Law Review*, sous le titre « What law governs the validity of a contract ? »

2. Dans la première édition de son *casebook* (recueil de décisions judiciaires, ordonnées par matière, à l'usage des étudiants), M. Beale publia un « Summary of the Conflict of laws ». Le *Summary* couvre en une centaine de paragraphes tout le champ du droit international privé : nous y trouverons un bon nombre de définitions et de règles du plus haut intérêt.

3. Enfin, pour connaître les idées du maître de Harvard sur les bases mêmes de notre science, nous nous tournerons vers son « Treatise on the conflict of laws ». Malheureusement, seule la première partie du *Treatise* a été publiée jusqu'à aujourd'hui.

Dans son article de la *Harvard Law Review*, notre auteur, après avoir dressé un magistral tableau du droit positif des Etats-Unis, passe en revue au double examen de la critique théorique et des considérations pratiques la jurisprudence américaine dans ses trois solutions au problème de la validité des contrats. Ces trois solutions, on s'en souvient, sont celles de la loi du lieu de conclusion, de la loi du lieu d'exécution et de la loi choisie par les parties. Nous allons une fois de plus

les examiner l'une après l'autre, mais cette fois sous l'angle de la critique du Professeur Beale.

Pour notre auteur, l'objection fondamentale de la théorie du droit à la loi d'autonomie est que cette doctrine ⁽¹⁾ :

« ...implique pour les parties la permission de faire un acte législatif, le choix de la règle qui détermine quel système juridique régit une transaction donnée étant en lui-même une règle de droit. »

Le Professeur Beale s'oppose vigoureusement à cette doctrine qui, pratiquement, reviendrait à faire un pouvoir législatif de tous les particuliers qui décident de faire un contrat. Or c'est le droit, et le droit seul, qui peut créer des droits et des obligations juridiques. Pourquoi reconnaître aux parties, dans ce domaine spécial, un pouvoir dont elles ne jouissent nulle part ailleurs ? Ce pouvoir reconnu aux parties serait en contradiction avec les bases même de tout système juridique :

« Tous les droits doivent être créés par une loi, écrit encore M. Beale ⁽²⁾, ...aucun ne peut être créé par la simple volonté des parties. »

Cette latitude laissée aux contractants est si extraordinaire que même les cours qui professent de reconnaître l'autonomie de la volonté se voient obligées d'apporter des réserves à l'exercice de ce pouvoir ⁽³⁾. La première de ces réserves est l'exigence de la bonne foi dans le choix de la loi applicable. Nous avons examiné ce principe dans notre panorama du droit positif. La notion de la bonne foi, dans ce domaine particulier du choix de la loi qui doit régir le contrat, n'est pas de celles qui sont susceptibles d'une définition aisée et précise. La jurisprudence des cours est flottante, il sera souvent difficile de prévoir, dans un cas donné, ce qu'un tribunal décidera. M. Beal signale encore une autre réserve apportée par les cours à la doctrine de l'autonomie de la volonté. C'est celle qui

(1) *Harv. L. R.*, 23, p. 260.

(2) *Summary*, § 2.

(3) *Harv. L. R.*, p. 261.

limite la portée même de la liberté des parties dans leur choix. Les contractants peuvent désigner le droit qui régira leur convention, mais pas n'importe quel droit. Cette liberté est restreinte à un droit d'option entre deux lois, la *lex loci contractus* et la *lex loci solutionis*. Les espèces qui autorisent l'adoption d'un autre droit (loi du domicile du débiteur, *lex rei sitæ*) sont rares. Or, selon M. Beale, ces restrictions ne seraient pas en harmonie avec le développement logique de la théorie de l'intention ; qui dit autonomie dit liberté complète. Ces réserves dénoteraient donc dans l'esprit des juges un certain sentiment de doute quant à la valeur de la doctrine qu'ils appliquent.

Considérant ensuite le côté pratique de la question, le Professeur Beale condamne également la doctrine de l'autonomie de la volonté (4). Il pose en principe que le but du droit n'est pas tant de donner au juge une solution en cas de procès que de fournir aux parties une règle simple et d'application sûre, qui leur permettra d'éviter un procès. Une règle vraiment pratique sera celle qui évitera aux particuliers les violations du droit, les frais d'une action en justice, les ennuis de la procédure. La doctrine de la loi choisie par les parties répond aussi mal que possible à ces exigences de la pratique des affaires et de la sécurité transactionnelle. En effet, l'intention des parties est le plus souvent déterminée par les tribunaux, et ces tribunaux appliquent à cette détermination les techniques les plus diverses. Avant de pouvoir conseiller les parties, un avocat devrait savoir devant quel for un procès éventuel pourrait s'ouvrir. C'est pour lui une tâche quasi-impossible, et même le sût-il, il ne serait pas beaucoup plus avancé : nous avons vu à quel point une cour peut exprimer d'opinions diverses ! Si d'autre part, les parties font une *professio juris*, les cours pourront refuser de lui donner effet, la vague exigence de la bonne foi n'ayant peut-être pas été observée.

En résumé, M. Beale écarte la doctrine de l'autonomie de la volonté tant par respect d'une saine doctrine qu'en tenant compte des exigences de la pratique.

(4) *Harv. L. R.*, 23, p. 264 ss.

« Faire régir un contrat par la loi du lieu d'exécution, c'est donner au droit un effet extra-territorial. »

C'est ainsi que notre auteur attaque la question de la *lex loci executionis* ⁽⁵⁾. Autrement dit, l'application de la loi du lieu d'exécution serait en désaccord avec le grand principe de la territorialité qui domine le droit international privé anglo-saxon. Cet argument est repris ensuite sous une forme négative, en ce sens que la *lex loci executionis* ne saurait être considérée comme la vraie règle, puisque seule la loi du lieu de conclusion est conforme à la doctrine de la territorialité. C'est en effet vers cette dernière solution que se tourne le Professeur Beale, comme nous le verrons un peu plus loin.

Au point de vue pratique, notre auteur admet que la règle de la *lex loci solutionis* est d'application plus sûre et plus aisée que la règle de la loi choisie par les parties. Cependant, de grandes difficultés s'élèvent dès qu'on se trouve en présence de plusieurs lieux d'exécution situés dans des états différents. On peut alors soit revenir à la *lex loci contractus*, ce qui revient à admettre l'inapplicabilité de la règle dans un grand nombre d'espèces, soit pousser la théorie jusqu'au bout et dépecer la validité du contrat en autant de problèmes différents qu'il y a de lieux d'exécution différents. La première solution consacre l'abdication de la règle, la seconde aboutit à des résultats proprement absurdes.

Un autre inconvénient d'ordre pratique résulte de la difficulté qu'il y a à obtenir des conseils précis sur le droit du lieu d'exécution. Les parties consulteront un avocat de l'endroit où elles contractent : celui-ci ne pourra naturellement pas fournir sur le droit étranger les renseignements qu'il serait à même de donner sur le droit du lieu de conclusion, qui est le lieu où il exerce son activité professionnelle.

Comme il était à prévoir d'après les critiques apportées aux règles examinées ci-dessus, les préférences du Professeur Beale vont à la loi du lieu de conclusion.

(5) *Harv. L. R.*, 23, p. 267. V. aussi : *Treatise*, p. 101.

« Il apparaît ainsi, écrit-il ⁽⁶⁾, que le seul principe à la fois théoriquement justifié et pratiquement applicable est le suivant : les contrats sont régis dans tous les cas, en ce qui concerne leur validité, par la loi du lieu où ils ont été conclus. »

Ailleurs, il écrit de même ⁽⁷⁾ :

« La question de savoir si un contrat est valide, c'est-à-dire si à l'accord des parties la loi a attaché une obligation... ne peut-être déterminée, sur la base des principes généraux, que par la loi qui régit les actes, c'est-à-dire la loi du lieu de conclusion. »

Aux yeux de M. Beale, cette théorie a l'avantage d'être en pleine conformité avec le principe de la territorialité du droit, de s'harmoniser avec le système général de cette branche du *common law* qu'est le droit international privé. Autrement dit :

« ...elle permet à chaque souverain de régler les accords conclus sur son territoire. »

La règle de la *lex loci contractus* serait également la meilleure au point de vue pratique. Tout d'abord, il n'y a qu'un lieu de conclusion, et il ne peut y en avoir qu'un seul. Les difficultés soulevées par la pluralité des lieux d'exécution sont donc automatiquement évitées. En outre, il n'y aurait pratiquement pas de différence d'opinions, parmi les cours et les auteurs, quant à la détermination du lieu de conclusion. Enfin, les parties qui sont sur le point de conclure un contrat important trouveront sur place tous les renseignements juridiques désirables. En effet, si la *lex loci contractus* est applicable, c'est dans l'endroit même où les parties concluent leur affaire qu'elles trouveront les avocats les mieux informés du droit applicable, puisque c'est le droit que ces avocats rencontrent tous les jours.

Nous procéderons plus loin à une discussion détaillée de

(6) *Harv. L. R.*, 23, p. 272.

(7) *Summary*, § 90.

l'aspect théorique et pratique de la question de la validité du contrat en droit international privé. C'est là que nous aurons l'occasion de reprendre au point de vue critique, les arguments de M. Beale. Pour le moment, contentons-nous d'admirer la netteté et la vigueur des arguments du Professeur de Harvard. Ses observations sont basées sur l'étude la plus complète et la plus systématique de la jurisprudence des cours américaine qui ait jamais été entreprise. Quiconque a essayé de pénétrer dans cette jungle de décisions judiciaires ne peut qu'admirer le pionnier qui a su y tracer des avenues aussi claires sur des fondations aussi solides.

CHAPITRE II

LE SYSTEME DU PROFESSEUR LORENZEN

Le Professeur Lorenzen, de l'Ecole de Droit de l'Université de Yale, a exposé dans un grand nombre d'ouvrages et d'articles de revue ses idées sur la validité des contrats en droit international privé. L'étude la plus importante qu'il ait consacrée à ce sujet est celle intitulée : « *Validity and effects of contracts in the conflict of laws* », publiée en 1921 ⁽¹⁾. Comme son collègue de Harvard, le maître de Yale passe en revue les principales solutions appliquées ou applicables au problème des conflits de lois en matière d'obligations contractuelles. Nous le suivrons dans son étude, et nous tâcherons de dégager sa conception du sujet, conception qui s'oppose de façon très nette, comme nous le verrons, à celle de M. Beale.

M. Lorenzen commence par constater qu'en dépit d'un fort support de la doctrine et de la jurisprudence, la théorie de l'intention est loin d'être à l'abri de toutes critiques. Reprenant les observations de M. Beale, qu'il désigne comme :

« l'adversaire le plus acharné de la théorie de l'autonomie »

il admet aussi que cette doctrine est théoriquement indéfendable ⁽²⁾ :

(1) *Yale L. J.*, 30, p. 565 et 655, 31, p. 53. V. aussi : *The conflict of laws, relating to bills and notes, passim*.

(2) *Yale L. J.*, 30, p. 658.

« La validité ou la nullité d'une transaction légale devrait dépendre de règles de droit bien établies, et s'imposant directement aux parties. Permettre aux contractants de choisir la loi applicable à leur convention, c'est admettre une délégation du pouvoir souverain aux particuliers. »

Au point de vue pratique, cependant, M. Lorenzen reconnaît à la théorie de l'intention certains avantages pratiques (la souplesse en particulier) que ne possèdent pas les autres solutions ; dès lors, il ne propose de l'écarter que s'il est possible de la remplacer par une règle ayant les mêmes qualités pratiques sans être sujette aux mêmes critiques doctrinales.

Passant ensuite à la théorie de la *lex loci contractus*, le Professeur Lorenzen se trouve avoir pour elle beaucoup moins d'admiration que M. Beale. Il admet bien que le principe de la territorialité domine le *common law*, mais il se refuse à en tirer les mêmes conséquences que le maître de Harvard ⁽³⁾ :

« La doctrine de la territorialité du droit, écrit-il, est fondamentale en droit anglo-américain, mais les conséquences qu'on en déduit, dans le domaine du droit international privé, sont souvent ambiguës, et même erronées. »

Ainsi, est erroné selon lui le raisonnement du Professeur Beale, selon lequel de la territorialité du droit dérive forcément l'application de la *lex loci contractus*. Ses arguments méritent d'être cités *in extenso* :

« Il est permis de se demander qui a conféré à l'état du lieu de conclusion un pouvoir aussi exclusif ? Il n'existe pas d'usage commun ou de règle de droit international qui définisse la compétence législative et judiciaire des états dans le domaine du droit international privé. Chaque état a nécessairement un pouvoir illimité de créer des droits privés, pour autant que ses propres organes y sont intéressés. Un état souverain, de par la nature même des choses, a le pouvoir d'imposer n'importe quelle conséquence juridique à n'importe quel acte, même s'il s'agit d'actes survenus à l'étranger, ou d'actes dont les auteurs sont domiciliés à l'étranger. »

(3) *Eod. loc.*, p. 660.

Cet extrait de l'étude de M. Lorenzen montre quel abîme sépare nos deux savants dans leur conception du droit. Tous deux partent du même principe de la territorialité, mais les conséquences qu'ils en tirent sont si différentes qu'il est permis de se demander si le mot *territoriality* a bien le même sens à Harvard qu'à Yale ?

Sous l'angle des considérations pratiques, nouvelles différences entre les deux maîtres. Le Professeur Lorenzen concède bien que la *lex loci contractus* a d'indéniables avantages : elle est simple, et d'application sûre. Malheureusement, elle serait aussi, selon Savigny (4) :

« accidentelle, transitoire, étrangère à la substance même de l'obligation. »

Cette remarque de Savigny serait spécialement vraie des contrats par correspondance, qui soulèvent peut-être la majorité des conflits de lois en matière d'obligations contractuelles. En effet, dans ce cas, le lieu de conclusion est fixé par les cours selon leur conception du droit des obligations ; les contrats sont considérés comme conclus au lieu d'où l'acceptation a été expédiée, ou à l'endroit où elle a été reçue, suivant les systèmes juridiques. Autrement dit, la question difficile de savoir où un procès résultant du contrat pourrait s'ouvrir, se pose également ici. Même si l'on admet que le procès s'ouvrira devant une cour américaine (le contrat est considéré comme conclu au lieu d'expédition de l'acceptation), il pourra arriver que le lieu de contrat n'ait pas le moindre rapport avec le contrat. Cela est vrai tout particulièrement des conflits entre les lois des divers Etats de l'Union, puisque l'on passe de l'un à l'autre sans la moindre difficulté, presque sans s'en apercevoir. Le Professeur Lorenzen donne l'exemple classique d'un contrat longuement discuté et négocié à New-York, et dont une lettre d'acceptation expédiée par erreur ou par mé-

(4) *Yale L. J.*, 30, p. 663. V. Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, 8, p. 207. (« zufällig, vorübergehend und ihrer fernerer Entwicklung und Wirksamkeit fremd. »)

garde de l'Etat du New-Jersey ferait un contrat soumis au droit de New-Jersey, alors même que le contrat serait new-yorkais sous tous les autres rapports.

A propos de la *lex loci solutionis*, M. Lorenzen rappelle que c'est au lieu d'exécution que Savigny plaçait le *siège* de l'obligation ⁽⁵⁾. Il reconnaît la force des arguments de Savigny, sans cependant se laisser complètement convaincre. Ses objections sont tout d'abord que lorsque le lieu d'exécution n'est pas fixé dans le contrat, la *lex loci solutionis* est d'application moins sûre que la *lex loci contractus*. En outre, la règle devient totalement inapplicable quand on est en présence d'un contrat bilatéral et que chaque partie doit exécuter son obligation dans un Etat différent ; il en est de même lorsqu'une des parties doit exécuter son obligation dans plusieurs états différents, ce qui est souvent le cas pour les contrats de transport.

Le maître de Yale passe sans s'attarder sur les systèmes qui appliquent la loi personnelle à la validité des contrats. De telles théories sont trop éloignées du *common law* pour être d'aucun intérêt pour un juriste anglo-américain, sinon à titre de pure spéculation intellectuelle. C'est ainsi que sont mises rapidement de côté les doctrines de la loi nationale de chaque partie, de la loi nationale du débiteur, du domicile du débiteur.

Après avoir mentionné encore un certain nombre d'autres théories ⁽⁶⁾, le Professeur Lorenzen en arrive à la question principale : « Quelle règle les cours américaines devraient-elles adopter ? ».

Le premier principe de M. Lorenzen est que si le contrat est illégal et frappé de nullité par une règle d'ordre public (*stringent local policy*) soit du lieu de conclusion, soit du lieu d'exé-

(5) *Yale L. J.*, 30, p. 664. V. Savigny, *op. cit.*, 8, p. 208 (« Auf diese (die Erfüllung) ist die ganze Erwartung der Parteien gerichtet, und es liegt daher im Wesen der Obligation, dass der Ort der Erfüllung als Sitz der Obligation gedacht... werde. »)

(6) Entre autres, celle de Jitta, qui doit être rejetée parce que pratiquement elle ne fournit au juge aucune règle sur laquelle il puisse s'appuyer.

cution, le contrat devra être considéré partout comme nul (7). Si le contrat n'est pas nul en vertu d'une des règles envisagées ci-dessus, on pourra alors rechercher la loi applicable. Comme loi susceptible d'être adoptée, M. Lorenzen ne voit que la *lex loci contractus*, la *lex loci solutionis* ou la loi de l'état avec lequel le contrat a les rapports les plus étroits. Or, outre les défauts relevés plus haut à la charge de la règle de la loi du lieu de conclusion et de la règle de la loi du lieu d'exécution, M. Lorenzen estime que toutes deux sont des solutions beaucoup trop rigides ; elles ne fournissent qu'une base trop étroite au problème de la validité des contrats. La règle de l'intention, ou la règle de la loi de l'état avec lequel le contrat a les rapports les plus étroits, a évidemment toute la souplesse désirable. Malheureusement, ces dernières solutions pèchent par excès de qualité : elles sont si souples qu'elles deviennent d'application très incertaine. Jusqu'à ce qu'un procès s'élève, il est quasi-impossible de savoir quelle loi régira le contrat.

Une règle à la fois souple et sûre. Le Professeur Lorenzen ne voit qu'une solution à ce problème : celle d'une règle alternative. Voici la solution qu'il propose : (8)

« La validité intrinsèque d'un contrat doit être reconnue si les exigences de la loi locale (9) de n'importe quel état avec lequel le contrat a un rapport substantiel sont satisfaites.

« Le contrat doit être considéré comme nul :

« a) Si la conclusion est interdite par une règle d'ordre public (*stringent policy*) du lieu de conclusion ;

« b) Si son exécution est interdite par la loi du lieu d'exécution. »

(7) *Yale L. J.*, 30, p. 669-670.

(8) Nous croyons utile de donner ici la version anglaise de cette règle ; de tels textes, rédigés très soigneusement, sont difficilement susceptibles d'une traduction vraiment exacte :

« It is submitted :

I. — That the intrinsic validity of contracts should be recognized if the local law of any state with which the contract has a substantial connection be satisfied.

II. — That such contracts be regarded as invalid,

a) If their execution is prohibited by some stringent policy of the place of contracting ;

b) If their performance is illegal under the law of the place of performance. »

(9) Par « loi locale », M. Lorenzen veut indiquer le droit privé à l'exclusion des règles de rattachement : autrement dit, il repousse le renvoi. (*Yale L. J.*, 30, p. 672, n. 53.)

Nous nous souvenons que M. Lorenzen cherchait une règle à la fois souple et sûre. La souplesse de celle qu'il nous propose est évidente ; mais *quid* de sa sûreté d'application ? Certains éléments de la règle Lorenzen sont loin d'être pour les cours un guide de premier ordre. Ainsi, il lui suffit que le contrat satisfasse aux lois de l'état avec lequel il a un rapport substantiel (*a substantial connection*). On aperçoit à première vue combien une expression aussi vague est sujette à critique ; même observation pour la règle selon laquelle le contrat doit être considéré comme nul s'il est prohibé par une *stringent policy* du lieu de conclusion.

Il apparaît en outre que cette règle est entièrement artificielle, en ce sens qu'elle n'a pas le moindre fondement dans la jurisprudence. Il vrai qu'aucune cour ne l'a jamais exprimée telle quelle, mais un bon nombre de tribunaux ont obtenu par une technique différente les résultats cherchés par M. Lorenzen. C'est ce qu'il suggère du reste lui-même ⁽¹⁰⁾, quand il écrit qu'au cas où sa règle paraîtrait être une innovation trop radicale, il serait possible d'obtenir les mêmes résultats d'une manière moins scientifique, mais mieux connue de la jurisprudence. Cette méthode moins scientifique n'est autre que la théorie de l'autonomie, étayée de la présomption que les parties ont choisi la loi qui soutient la validité du contrat, ce que j'ai appelé la présomption *ut res magis*. En d'autres termes, la règle Lorenzen représente un effort des plus ingénieux pour soutenir en fait la théorie de l'intention, tout en supprimant, en apparence tout au moins, cet élément d'autonomie qui choque tant la doctrine moderne du droit international privé ⁽¹¹⁾.

(10) 30 *Yale L. J.*, p. 673.

(11) La règle Lorenzen citée ci-dessus est applicable uniquement à la validité du contrat. M. Lorenzen fait une distinction très nette entre la validité et les effets des contrats, distinction qui rappelle celle de Pillet entre lois impératives et lois facultatives. L'auteur américain écrit en effet :

« Les parties jouissent de la plus entière liberté... en ce qui concerne les dispositions de droit facultatif. » (*Yale L. J.*, 31, p. 54.)

Pour les effets des contrats, M. Lorenzen admet que l'intention des parties est déterminante. Si cette intention ne peut être déterminée, la *lex loci solutionis* est subsidiairement applicable. Enfin, si le lieu d'exécution n'est pas déterminé, c'est la *lex loci contractus* qui régira les effets du contrat. (*Yale L. J.*, 31, p. 72).

CHAPITRE III

QUELQUES VUES RECENTES DE LA DOCTRINE AMERICAINE

Je me propose d'examiner dans ce chapitre l'opinion de quelques auteurs américains sur le sujet qui nous intéresse. Nous passerons ainsi en revue tout d'abord les idées de M. Goodrich, exposées dans son manuel de droit international privé, ouvrage du reste spécialement destiné aux étudiants. Ensuite, nous étudierons les articles consacrés par trois auteurs, MM. Stumberg, Greene et McClintock, à la validité des contrats dans notre science, selon la jurisprudence de trois des Etats de l'Union (Texas, New-York et Minnesota). Ces trois auteurs, en examinant la jurisprudence en cours dans leur Etat, se livrent à des réflexions doctrinales qui me semblent intéressantes.

Il est à noter que les quatre auteurs que nous allons étudier se réfèrent constamment aux études de MM. Beale et Lorenzen, que nous venons de parcourir. Les articles des maîtres de Harvard et de Yale restent les sources principales où l'on doit puiser pour se renseigner sur le droit américain. Néanmoins, les vues plus récentes de quelques auteurs moins connus me semblent dignes d'être étudiées comme indicatives des tendances de la doctrine juridique moderne aux Etats-Unis.

M. Goodrich, professeur à l'Université du Michigan, ne semble pas avoir des idées très arrêtées sur le sujet. Il expose en détail ⁽¹⁾ les vues de MM. Beale et Lorenzen, sans les entou-

(1) *Handbook*, p. 229 ss.

rer d'un grand appareil critique. D'une façon générale, c'est la règle de la *lex loci contractus* qu'il semble préférer. Il admet, suivant en cela M. Beale, que cette règle est théoriquement justifiée. Il ne va pas cependant jusqu'à en nier les inconvénients pratiques. C'est ainsi qu'il écrit :

« L'application automatique de la loi du lieu de conclusion peut présenter de graves inconvénients, étant donné que le lieu de conclusion peut dépendre entièrement du hasard et n'avoir aucun rapport réel avec la transaction des parties ou l'exécution du contrat. »

Mais quels que soient ses défauts, on ne doit néanmoins pas, dans le désir de les éviter :

« ...jeter par dessus bord une règle générale parfaitement logique, et qui jouit de l'important avantage pratique que constitue la sûreté dans l'application. »

C'est à propos de la jurisprudence du Texas que M. Stumberg étudie la question des obligations contractuelles en droit international privé ⁽²⁾. Il examine au double point de vue de la critique doctrinale et des considérations pratiques les diverses solutions proposées par les tribunaux. Comme nous allons le voir, aucune ne le satisfait, et la règle qu'il souhaite de voir adopter est celle de M. Lorenzen, quelque peu modifiée.

S'attaquant d'abord à la loi du lieu de conclusion, le Professeur de l'Université du Texas s'exprime comme suit :

« Sa base théorique semble être l'hypothèse que l'Etat du lieu de conclusion a la juridiction (législative), ou le pouvoir de créer le contrat. Le contrat ayant été créé par cet état, les droits, ou mieux, les relations juridiques résultant de sa création sont régies par la loi du dit état, et doivent être reconnues partout ailleurs. La valeur logique de ce raisonnement dépend évidemment de l'exactitude de l'hypothèse. »

Notre auteur ne semble pas vouloir se lancer dans la discussion de cette hypothèse, ce qui ne l'empêche du reste pas,

(2) Conflict of laws. Validity of contracts. Texas cases. *Texas L. R.*, 10, p. 163 ss.

dans ses conclusions, de la qualifier d'inexacte, un peu sommairement nous semble-t-il. M. Stumberg constate ensuite que cette règle n'est celle que d'une minorité de la jurisprudence, ce qui est du reste le cas de toutes les règles que nous avons examinées. Il lui conteste en outre le caractère de *true common law rule*, que certains veulent lui attribuer. Enfin, il se garde de manquer le point évidemment le plus faible de la théorie de la *lex loci contractus*, la détermination de ce *locus* et son défaut de rapport substantiel avec la transaction des parties. Il relève le caractère artificiel des règles concernant la détermination du lieu de conclusion, dans les diverses éventualités des contrats par correspondance, des contrats à acceptation tacite, etc. Le Restatement, qui a adopté la règle de la *lex loci contractus*, ne ferait selon lui, qu'accumuler hypothèse sur hypothèse dans cette détermination.

M. Stumberg rejette également la *lex loci solutionis*, ne serait-ce qu'à cause des difficultés évidentes auxquelles on se heurte en cas de pluralité de lieux d'exécution. De plus, quand aucun lieu d'exécution n'est désigné dans le contrat, on doit recourir à nouveau à des solutions artificielles.

A propos de la théorie de l'intention, notre auteur relève en premier lieu qu'en fait, cette intention est en général absente, et que le plus souvent les cours

« ...adoptent une règle qui, en fait, revient à dire que le contrat est régi par la loi que les parties auraient choisie si la Cour s'était trouvée là pour leur donner des conseils. »

L'incertitude engendrée par la règle est également soulignée, et M. Stumberg rappelle l'occurrence en laquelle la Cour Suprême des Etats-Unis et la Cour d'Appel de Grande-Bretagne, étaient arrivées, sur la base de faits identiques, à des solutions diamétralement opposées, les deux cours prétendant d'ailleurs appliquer la théorie de l'autonomie ⁽³⁾.

(3) Les arrêts en question sont ceux rendus dans les affaires *In re Missouri S/S Co* (42 Ch. D. 321; 2 Beale, Casebook 315) et *Liverpool and G. W. S/S Co c. Phenix Insurance Co* (129 U. S. 397; 2 Beale, Casebook 322).

Notre auteur examine pour finir la règle *ut res magis*, règle qui se dégage surtout des affaires d'intérêt usuraire. Pour M. Stumberg, cette règle proviendrait d'une théorie particulière, selon laquelle la loi applicable serait celle qui supporte la validité du contrat. Cette opinion doit être repoussée, selon nous, car il est parfaitement clair que cette règle, jurisprudentiellement parlant, n'est qu'une des applications de la théorie de l'intention. A notre connaissance, l'application de la règle *ut res magis* a toujours eu lieu, dans les décisions des cours, comme une présomption de l'intention des parties.

M. Stumberg estime en outre que cette règle n'est autre que celle adoptée par la première proposition de la théorie du Professeur Lorenzen ⁽⁴⁾. Mais, plus libéral encore que ce dernier auteur, il pense qu'il faudrait laisser de côté la réserve concernant la *stringent policy* du lieu de conclusion, étant donné les difficultés que présente cette notion et le peu d'importance, d'une façon générale, de la loi du lieu de conclusion.

En résumé, M. Stumberg présente la règle Lorenzen, amendée ainsi qu'il est dit plus haut, comme solution de notre épineux problème.

M. Greene, du barreau de New-York, a lui aussi ajouté quelques remarques d'ordre général à l'excellente étude qu'il a consacrée à la jurisprudence des tribunaux new-yorkais ⁽⁵⁾. Cet auteur a été, si nous sommes bien informés, le collaborateur du Professeur Beale dans l'élaboration du Restatement; en tout cas, il adopte d'une façon générale les idées de ce dernier, telles que nous les avons décrites plus haut, et n'ajoute pas grand chose aux arguments du maître de Harvard en faveur de la *lex loci contractus*. M. Greene défend cette règle aussi bien sur le terrain des considérations pratiques qu'en

(4) Cf. la règle Lorenzen, *supra*, p. 117.

Il faut noter que M. Lorenzen donne sa première proposition comme une règle originale, et non comme la règle *ut res magis*. Il ajoute seulement qu'on pourrait arriver au même résultat par le chemin moins scientifique mais plus connu de l'autonomie de la volonté et de la présomption *ut res magis*.

(5) The New-York rule as to the law governing the validity of contracts. *Cornell L. Q.* 12, p. 286 ss.

vertu d'une saine doctrine du droit international privé. II s'exprime de la façon suivante :

« ... il semble que la règle selon laquelle la loi du lieu de conclusion peut seule régir la validité d'un contrat est une déduction nécessaire de la logique. Un contrat n'est pas créé par les parties, mais par le droit. Les parties ne peuvent faire qu'un accord (*agreement*); c'est au droit de dire si cet accord est obligatoire. Quel droit ? Le droit du lieu où l'accord a été conclu. Autrement, par le subterfuge du choix d'un lieu d'exécution ailleurs, les parties pourraient tourner les exigences légales établies par l'Etat où elles agissent, et, en fait, elles seraient libres de choisir toute loi qui leur serait plus agréable. »

M. Greene ne nie pas que l'application de la *lex loci contractus* puisse conduire à des résultats parfois peu équitables. Il estime néanmoins que les motifs de sécurité et de stabilité doivent l'emporter sur cette objection.

« Et même, écrit-il, s'il n'y avait rien d'autre à dire en faveur de la loi du lieu de conclusion, le fait qu'elle constitue une règle simple, sûre et facilement applicable serait une raison assez forte pour la préférer à n'importe quelle autre. »

Si M. Greene est d'avis que les plus belles qualités d'une loi sont la stabilité et la simplicité, M. McClintock, professeur de droit à l'Université du Minnesota, est d'un avis tout différent. Dans une étude consacrée à la jurisprudence du Minnesota sur la question de la loi applicable aux contrats ⁽⁶⁾, il prend pour ainsi dire le contre-pied des vues de M. Green. Son étude du droit positif du Minnesota l'a amené à constater que les deux règles les plus fréquemment appliquées étaient celles de la *lex loci contractus* et de la *lex loci solutionis*. S'il regrette de voir deux règles contradictoires appliquées dans un même Etat, M. McClintock se refuse néanmoins à voir l'une d'elles seulement adoptée de façon générale par la jurisprudence.

(6) Conflict of laws as to contracts; Minnesota decisions. *Minn. L. R.*, 10, p. 498 ss. V. aussi : Conflict of laws as to contracts ; the Restatement and Minnesota decisions compared. *Minn. L.-R.*, 13, p. 538 ss.

« L'application rigide d'une seule de ces règles, écrit-il, nous ferait payer trop cher l'avantage de la certitude. »

On voit que pour M. McClintock, une bonne règle de conflit de lois doit tout d'abord être suffisamment souple. C'est cet élément qu'il prend comme critère, pour juger le Restatement. Comme le projet de l'American Law Institute adopte de façon absolue la *lex loci contractus*, il n'est pas étonnant de voir notre auteur accueillir avec appréhension cette tentative de codification.

« Il ne faut guère s'attendre, écrit-il ⁽⁷⁾, à voir notre cour (la Cour Suprême du Minnesota) rejeter la théorie qu'elle a suivie si souvent dans le passé (la théorie de l'autonomie) pour en adopter une autre qu'elle a expressément refusé d'appliquer dans de nombreuses affaires. A vrai dire, on peut à bon droit se demander si l'application stricte de la théorie du Restatement ne rendrait pas notre droit trop rigide pour être pratique. »

On ne saurait accuser de rigidité la règle de la loi choisie par les parties, mais les objections pratiques et théoriques apportées contre cette règle semblent trop fortes à M. McClintock pour qu'il puisse l'adopter. Il cite à ce propos cette judicieuse remarque de la Cour Suprême du Minnesota ⁽⁸⁾ :

« Dans la recherche de l'intention des parties, quand aucune intention n'a été exprimée, il y a une sorte de tour de passe-passe juridique. En général, les parties... n'ont pas eu, quant à la loi applicable, d'intention véritable, laissée inexprimée. La question de savoir quelle loi régira leur contrat ne se présente tout simplement pas à leur esprit. »

M. McClintock relève en outre que quand les parties désignent *expressis verbis* la loi applicable, elles se voient soupçonnées d'avoir voulu tourner la loi, et les cours refusent de donner effet à leur *professio juris*.

Notre auteur ne propose pas de règle générale. A vrai dire, il est opposé à toute règle générale comme telle. Il serait pré-

(7) *Minn. L. R.* 13, p. 554.

(8) *Greene c. Northwestern Trust Co* (150 N. W. 229).

férable, selon lui, d'appliquer une loi spéciale à chaque partie du contrat, et à chaque classe de contrat, suivant les besoins de la pratique. Cette solution n'est-elle pas déplorablement compliquée ? Soit, répond M. McClintock, à problème complexe, solution complexe. On saisira du reste mieux son idée dans les termes mêmes de son exposé :

« Il faut reconnaître franchement, écrit-il, les difficultés de la situation. Il serait préférable de limiter la portée de la décision, dans chaque affaire, à la question particulière qui s'y présente, plutôt que de suivre ce qui, apparemment, a été dans le passé la règle habituelle.

« On est en présence d'un groupe de règles; chaque règle, simple en elle-même, est énoncée comme si elle était applicable à toutes les espèces. Or ces règles sont inconciliables l'une avec l'autre, et chacune d'elles est appliquée à une espèce particulière sans que l'on sache pourquoi on l'a préférée aux autres. Les cours devraient choisir parmi ces règles, et nous dire sur quelle raison elles basent leur choix ; c'est alors seulement qu'il sera possible d'apporter un peu d'ordre dans le chaos que constitue actuellement le droit positif sur le sujet. »

On voit que l'unité ne règne guère parmi nos quatre auteurs. M. Goodrich, sans trop y insister, accepte la règle de la loi du lieu de conclusion. M. Greene l'accepte également, en se réclamant, semble-t-il, des idées de M. Beale. Par contre, c'est vers M. Lorenzen que se tourne M. Stumberg, dont il adopte la règle en l'élargissant. Enfin, M. McClintock pense qu'il n'y a pas de solution générale possible à notre problème, et se résigne à attendre que les cours clarifient elles-mêmes leur jurisprudence. Que conclure de tout cela ? Pas grand chose peut-être, sinon que cette remarque du Professeur Beale ⁽⁹⁾ est profondément vraie :

« No topic of the conflict of laws is more confused than that which deals with the law applying to the validity of contracts. »

(9) *Harv. L. R.*, 23, p. 1.

CHAPITRE IV

LE RESTATEMENT

Le monument le plus important dont la construction ait été entreprise par la science du droit aux Etats-Unis, ces dernières années, est sans conteste la mise au point (*restatement*) du droit international privé par l'Institut de Droit Américain. Pour la compréhension de cet effort, quelques mots d'introduction sur le but et l'organisation de cet Institut sont nécessaires.

C'est en 1923, à Washington, que fut fondé l'American Law Institute. Ses fondateurs formaient un groupe des plus représentatifs du monde juridique des Etats-Unis. Juges à la Cour Suprême et aux autres cours fédérales, juges des cours d'Etat, avocats et professeurs de droit, tous, alarmés par la complexité et l'instabilité du droit américain, ont fondé l'Institut pour lutter contre ces défauts. Selon ses statuts ⁽¹⁾, l'Institut a pour but :

« ...d'assurer la clarification et la simplification du droit, d'encourager une meilleure adaptation de la loi aux besoins sociaux, d'obtenir une meilleure administration de la justice et de poursuivre l'étude de la science du droit. »

Pour remplir ce but, l'Institut a entrepris « *the restatement of the law* ». Il faut entendre par là une exposition claire et précise du *common law*, tel qu'il existe aux Etats-Unis. Le Restatement prend la forme d'une codification, en ce sens que le droit est exposé en articles systématiquement arrangés.

(1) Cités par Goodrich, *The American Law Institute*, p. 3.

C'est par l'excellence de leur travail que les jurisconsultes de l'Institut espèrent obtenir le respect des cours. En effet, le Restatement, malgré la participation de juges à son élaboration, est une entreprise purement privée. Les membres de l'Institut ne souhaitent du reste pas voir leur œuvre adoptée comme un code, avec toute la rigidité qu'une telle adoption représenterait. Un tel résultat serait contraire au génie du *common law*, fatal à sa souplesse et à son développement. Comme l'a écrit M. Goodrich ⁽²⁾,

« L'Institut a été créé pour préserver le système du *common law*, non pour l'abolir. »

L'Institut a entrepris la mise au point de diverses branches du droit privé : droit des obligations (*contracts*), mandat (*agency*), obligations délictuelles (*torts*), associations commerciales (*business associations*) et enfin droit international privé (*conflict of laws*). Chaque Restatement est établi par un savant connu, spécialiste de la branche du droit à codifier, aidé d'un certain nombre de conseillers : professeurs, juges et avocats. Les projets ainsi établis sont soumis pour discussion et approbation à l'Assemblée de l'Institut. Depuis plus de dix ans, ce travail a été poursuivi avec une conscience et une précision admirables. Les Restatements du droit des obligations et du mandat ont été publiés en 1934.

Le Restatement du droit international privé s'effectue sous la direction du Professeur Beale, de l'Université de Harvard, entouré d'une douzaine de conseillers. Comme nous le verrons à propos de la validité des contrats, l'influence du Professeur Beale se fait nettement sentir dans cette codification. Les textes que nous étudierons sont ceux du « Projet définitif » (Proposed Final Draft). Ils ne sont pas encore officiels et seront peut-être encore modifiés par l'Assemblée de l'Institut, mais vraisemblablement sur des points de détails seulement. L'accord sur les principes généraux et sur tous les points importants s'est déjà réalisé.

(2) *Eod. loc.*, p. 4.

Voyons maintenant quel système le Restatement a adopté dans le domaine qui nous intéresse. La réponse est aisée : le Restatement adopte en plein la règle de la *lex loci contractus* pour le problème de la validité des contrats en droit international privé ⁽³⁾. Sous le titre général de « Loi régissant la validité du contrat », l'art. 353 du Restatement applique la loi du lieu de conclusion aux points suivants :

- a. capacité,
- b. forme,
- c. consentement et *considération*,
- d. toute autre exigence légale nécessaire pour rendre la convention obligatoire,
- e. dol et illégalité, et toute autre circonstance qui rend le contrat nul ou annulable,
- f. nature et étendue de l'obligation des parties (mais pas la manière d'exécuter cette obligation),
- g. temps et lieu de l'exécution,
- h. caractère conditionnel ou inconditionnel du contrat.

Quand on se souvient de l'état chaotique de la jurisprudence américaine, on ne sera pas loin de penser qu'une règle aussi nette et aussi précise a quelque chose de révolutionnaire. Elle semble avoir fait un peu cette impression lors de sa pré-

(3) Voici la version anglaise de l'art. 353 du Projet définitif : « Section 353. *Law governing validity of contract*

The law of the place of contracting determines the validity and effect of a promise with respect to :

- a) the capacity to make the contract ;
- b) the necessary form, if any, required to make a promise binding ;
- c) the mutual assent or consideration, if any, required to make a promise binding ;
- d) any other requirements to make a promise binding ;
- e) fraud, illegality, or any other circumstance which make a promise void or voidable ;
- f) the nature and extent of the duty for the performance of which a party becomes bound (though not the manner of performing that duty) ;
- g) the time when and the place where the promise is by its terms to be performed ;
- h) the absolute or conditional character of the promise. »

sensation à l'Assemblée de l'Institut, en 1928 ⁽⁴⁾. Quelles étaient les raisons des auteurs du Restatement en adoptant cette règle ? Nous trouvons la meilleure réponse à cette question dans une déclaration du Professeur Beale lui-même, lors de la discussion de l'art. 353 du Premier Projet (*Tentative Draft*) par l'Assemblée de l'Institut. Cette déclaration est la suivante :

« Le but du Restatement, tel que je le comprends, est d'établir une règle d'action pour les juges et les membres du barreau. Il me semble beaucoup plus important d'adopter une règle avec laquelle les avocats puissent conseiller leurs clients, et sur laquelle les juges puissent s'appuyer, que de continuer à vivre sans règle aucune, et de pâtauger encore pour une génération, dans l'espoir de voir une meilleure règle se dégager éventuellement du borbier.

« Ce n'est pas le but du Restatement, tel que je le comprends d'empêcher l'évolution d'une meilleure règle dans le cours des décisions de l'avenir. Notre but est d'exposer ce que nous pensons être une règle de droit saine et pratique aujourd'hui, mais qui puisse être améliorée par tous les moyens par lesquels notre droit a été amélioré.

« Nous avons posé une règle qui nous semblait bonne au point de vue pratique. Nous nous rendons parfaitement compte qu'elle est en opposition avec la majeure partie de la jurisprudence. Aucune règle ne peut être établie qui ne soit pas en opposition avec la majeure partie de la jurisprudence. Des quatre principaux types de règles, aucun n'est suivi par la majorité des cours... »

La longue citation qui précède était je crois nécessaire pour montrer l'esprit dans lequel la règle du droit du lieu de conclusion a été adoptée par l'Institut du Droit Américain. Les auteurs du Restatement avaient devant eux le problème suivant : étant donné une question de droit sur laquelle ni la jurisprudence ni la doctrine n'avaient une opinion unanime, fallait-il renoncer à établir une règle, en créer une nouvelle, ou enfin adopter une des règles approuvées au moins par une partie de la doctrine et de la jurisprudence ? Nous avons vu que c'est la troisième possibilité qui finalement a été adop-

(4) Il s'agissait alors de l'art. 353 d'un premier projet (*Tentative Draft*). Cet article était rédigé de façon assez différente de l'art. 353 du Projet définitif (V. note 3, *supra*), mais consacre exactement le même principe. *V. Am. Law Inst., Proc.* 6, p. 456 ss.

tée, mais les deux autres ont été proposées dans les séances de l'Institut. Ainsi, certains membres avaient proposé de n'établir aucune règle générale ⁽⁵⁾. Cette proposition fut repoussée : elle visait l'une des caractéristiques de l'art. 353 du Restatement. En effet, la règle adoptée est à la fois générale et absolue. Elle est générale en ce sens qu'elle couvre tous les contrats. Elle est aussi absolue, c'est-à-dire qu'elle ne souffre aucune exception pour une partie particulière d'un contrat. Ainsi, la *lex loci contractus* sera appliquée strictement, même dans les affaires soulevant une question d'intérêt usuraire. On se souvient que c'est dans ce domaine que l'intention des parties joue le plus librement dans la jurisprudence américaine, et que les cours admettent parfaitement que les parties stipulent un intérêt usuraire d'après la loi du lieu de conclusion, si cet intérêt est licite selon la loi du lieu d'exécution. Lors de l'Assemblée de l'Institut de 1928, un membre demanda que fût introduite une sous-section dérogeant au principe de la *lex loci contractus*, pour les *usury cases*. Il ajoutait que ce serait une erreur de légiférer en sens opposé, quand le Professeur Beale intervint et déclara que l'erreur serait au contraire de favoriser par une disposition spéciale, le prêteur d'argent au détriment de l'emprunteur ⁽⁶⁾.

Les arguments du Professeur Beale semblent avoir convaincu les membres de l'Institut ; en effet, quand le Restatement revint devant l'Assemblée en 1931, sous la forme du Projet définitif, le problème de la validité des contrats ne fut plus discuté du tout ⁽⁷⁾.

Le Restatement du droit international privé représente donc une victoire des idées que le Professeur Beale défendait il y a plus de 20 ans dans la Harvard Law Review. En soumettant la validité des contrats à la *lex loci contractus* et leur exécution à la *lex loci solutionis*, l'Institut se fait champion d'une règle nette, claire, d'application aisée et sûre. La simplicité de cette solution est évidente, surtout si l'on remarque que tous les éléments de la validité du contrat, fond, forme

(5) Am. Law Inst., Proceedings, 6, p. 457.

(6) Am. Law Inst., Proc., 6, p. 468.

(7) *eod. loc.* 9, p. 127 ss.

et capacité contractuelle, sont soumis à une même loi. La grande question est maintenant de savoir si, après son acceptation définitive, le Restatement du droit international privé sera suivi par les cours américaines. En 1930, alors que seul le Premier Projet avait été publié, on comptait déjà un certain nombre d'arrêts, prononcés dans des affaires de conflits de lois, qui se référaient à l'œuvre de l'Institut de Droit Américain ⁽⁸⁾.

Sur le point particulier de la validité des contrats, M. Beale faisait en 1928, devant l'Assemblée de l'Institut, la déclaration suivante ⁽⁹⁾ :

« ...il n'y a pas d'espoir, je suppose, que toutes les cours approuvent notre texte, quel qu'il soit. On peut espérer que la majorité des cours appliqueront notre principe, car la plupart des cours l'ont appliqué une fois ou l'autre. Il y a plus de chances qu'elles acceptent cette règle plutôt que n'importe quelle autre actuellement appliquée.

« Il serait possible d'établir une règle nouvelle, comme cela a été proposé ici de façon convaincante, mais personnellement, je ne crois pas que de nombreuses cours accepteraient une règle nouvelle. J'ai beaucoup plus d'espoir qu'elles accueillent une des règles déjà existantes. »

Cette adoption de la règle du Restatement par les cours, si elle se produit, ne s'effectuera pas sans difficultés. Le système de la loi choisie par les parties péchait par excès de souplesse ; la théorie de l'intention n'est qu'incertitude et imprécision. La règle de la loi de conclusion est nette et bien déterminée : ira-t-on jusqu'à l'accuser de rigidité ? C'est là la pierre d'achoppement de son adoption. D'autre part, il faut se souvenir de l'immense autorité de l'Institut. Juges à la Cour Suprême, grands avocats new-yorkais, l'élite des Facultés de droit soutiennent le Restatement. De plus, comme le faisait remarquer récemment le Professeur Beale à l'auteur de ces lignes, les juges américains sont loin d'être des spécialistes du droit international privé, et ils seront sans doute enchantés d'avoir une règle bien définie sur laquelle s'appuyer. Nous le croyons bien volontiers, et nous ajouterons que le renom du grand professeur de Harvard comptera largement dans cette évolution capitale du droit américain.

(8) V. les exemples cités dans Goodrich, *op. cit.*, *passim*.

(9) Am. Law Inst., Proceedings, 6, p. 470 ss.

TITRE IV

EXAMEN CRITIQUE DES SOLUTIONS AMERICAINES

Jusqu'à maintenant, notre rôle s'est borné à exposer, non à critiquer. Nous nous sommes efforcés de montrer l'origine historique des solutions américaines, puis leur développement jurisprudentiel, et enfin leur retentissement dans la doctrine. Nous avons essayé de discerner, souvent en les simplifiant pour la clarté de l'exposition, les opinions et les tendances des juges et des auteurs. Mais la simple présentation du droit, faite aussi objectivement que possible, ne constitue qu'une partie de notre tâche. Extraite tant bien que mal des traités des vieux auteurs, des recueils d'arrêt et des revues juridiques, notre documentation doit passer maintenant au crible de la critique juridique. Ces solutions américaines sont-elles judicieuses au point de vue pratique, satisfaisantes au point de vue scientifique ? Telles sont les questions auxquelles il nous faut maintenant essayer de répondre. Nous nous proposons d'examiner le matériel amassé dans les titres précédents à la lumière de la science juridique européenne. Quand nous disons la « lumière », ce n'est malheureusement qu'une façon de parler. En effet, la doctrine européenne du droit international privé est une lumière qui a la curieuse propriété d'être fort brillante et de ne pas éclairer. Comme le remarque M. Arminjon ⁽¹⁾,

(1) L'objet et la méthode du droit international privé. Rec. cours 21, p. 429 ss., et spéc. p. 460.

« ce qui frappe dans ces savantes spéculations, c'est leur caractère personnel, individuel, subjectif, chaque auteur proposant sa doctrine, son système ; c'est en outre leur nature toute spéculative.

« Il y a là je ne dirais pas un jeu de l'esprit, le propos serait irrévérencieux, et même injuste, mais un exercice de pure dialectique sans utilité pratique, plutôt fait pour obscurcir l'esprit que pour l'éclairer. »

Le domaine du conflit des lois en matière d'obligations contractuelles est l'un de ceux qui ont le plus souffert à cet égard. Les lumières doctrinales dont il est illuminé sont comme autant de projecteurs colorés différemment, dont les faisceaux bariolés ne font qu'éblouir le spectateur.

Pour le lecteur sans idées préconçues, le nombre et la variété des solutions offertes à notre problème par la science du droit sont déconcertantes ⁽²⁾. Il rencontre tout d'abord la vieille doctrine de l'autonomie de la volonté. Très attaquée dans ces dernières décades, la théorie molinienne n'est cependant pas aussi démodée que certains le prétendent, et elle compte aujourd'hui encore d'ardents défenseurs ⁽³⁾. Vient ensuite la longue cohorte de ce que nous appellerons les solutions simples : loi nationale des parties, loi nationale du débiteur, loi du lieu d'exécution, loi du lieu de conclusion, loi du domicile du débiteur, loi de la situation de la chose, etc. Nous rencontrons aussi les auteurs qui, sur les traces de Savigny, recherchent le « siège », plus même la « patrie » de l'obligation ⁽⁴⁾. Pour finir, on nous offre encore ce que nous pourrions appeler les solutions complexes ; ces dernières sont celles dont l'auteur envisage que les différents contrats (vente, louage, assurance, prêt, etc.) ou encore les différents genres

(2) Pour une liste des différentes opinions émises par la doctrine, V. Walker, *Internationales Privatrecht*, p. 331 ss.

(3) V. par exemple l'article de M. Wigny, *Rev. dr. int. législ. comp.*, 1933, p. 677 ss.

(4) V. Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, 8, p. 200 :

« Auch hier also haben wir die stets wiederkehrende Frage zu beantworten, wo der wahre Sitz jeder Obligation ist, an welchem Ort im Raum sie ihre Heimat hat. »

Dans la traduction de Guenoux (Paris 1851, 8, p. 198), « Heimat » est rendu, bien pauvrement, nous semble-t-il, par le mot « endroit ».

de contrats (contrats sur offre publique, contrats par correspondance, contrats à titre gratuit, etc.) doivent être réglés par des lois différentes. Le droit des obligations est alors disséqué en distinctions et sous-distinctions, dans des systèmes plus ou moins complexes, dont certains s'exposent en quelques pages, et d'autres, comme celui de M. Jitta, en deux forts volumes ⁽⁵⁾. Enfin, si nous sommes lassés de tant de théories, nous pouvons encore ériger en principe l'absence même de principes, et devenir partisans du *Prinzip der Prinziplosigkeit* que connaît la doctrine allemande ⁽⁶⁾.

Il va sans dire que nous n'allons pas comparer le droit américain avec tous les produits et sous-produits de la dialectique juridique européenne. Une telle entreprise serait à la fois en dehors de notre sujet et au-dessus de nos forces. Notre programme se résume en ceci : nous allons reprendre les principales solutions en honneur aux Etats-Unis. Nous rappellerons brièvement au sujet de chacune d'elles les grands traits de la doctrine et de la jurisprudence du Nouveau-Monde. Nous nous demanderons ensuite si les mêmes solutions ont soulevé l'attention de la doctrine européenne ; nous verrons quelles critiques leur ont été adressées, par quels arguments elles ont été défendues. Enfin, dans la mesure du possible, nous essayerons d'apporter sur chaque point nos conclusions personnelles.

Les trois principales solutions américaines sont, on s'en souvient, celles de la loi d'autonomie, de la *lex loci contractus* et de la *lex loci executionis*. La question de la loi d'autonomie nous retiendra beaucoup plus longtemps que les deux autres, comme l'exige un problème qui passe pour le plus délicat et le plus controversé de toute la science du droit international privé.

(5) La substance des obligations en droit international privé (1906).

(6) Cf. Walker, *op. cit.*, p. 333 ; Frankenstein, *Internationales Privatrecht*, 2, p. 124 et n. 2 ; Kahn, *Abhandlungen*, 1. p. 84 ; Nussbaum, *Deutsches Internationales Privatrecht*, p. 222.

CHAPITRE PREMIER

LA THEORIE DE L'AUTONOMIE DE LA VOLONTE

§ I. — GÉNÉRALITÉS

La doctrine de l'autonomie, nous l'avons vu dans la partie de cette étude consacrée au droit positif, est encore bien vivante aux Etat-Unis, mais la liberté des parties y est restreinte à la *lex loci contractus* et à la *lex loci executionis* : faute d'une intention expresse, les cours présument que l'une des deux lois ci-dessus a été choisie. La doctrine américaine par contre, représentée par MM. Beale, Lorenzen et quelques autres auteurs, prend nettement position contre la loi l'autonomie. Enfin, le Restatement, en consacrant la loi du lieu de conclusion de façon absolue, tente de chasser définitivement la doctrine molinienne du droit américain. Nous allons reprendre maintenant le débat sur la *famosissima quaestio*, aussi brièvement qu'il est possible de le faire pour un sujet d'une telle envergure.

C'est au cours du XIX^e siècle que la théorie molinienne fut pleinement adoptée par la doctrine ⁽¹⁾. Les plus illustres parmi les jurisconsultes de cette époque l'ont défendue en termes éloquentes. Point n'est besoin pour nous d'entrer dans le détail de leurs théories. Quelques citations suffiront à marquer clairement les positions.

Ainsi, Savigny ⁽²⁾ :

(1) Cf. Arminjon, *Précis*, 2, p. 245.

(2) System des heutigen römischen Rechts, 8, p. 203.

« Der spezielle Gerichtsstand, wie das örtliche Recht der Obligationen, beruht auf einer freiwilligen Unterwerfung, die in den meisten Fällen nicht ausdrücklich erklärt wird, sondern nur aus den Umständen zu schliessen ist, eben deshalb aber durch eine entgegengesetzte ausdrückliche Erklärung ausgeschlossen wird. »

Laurent ⁽³⁾ :

« ...en matière de conventions, les parties intéressées sont législateurs, et jouissent par conséquent de la plus entière liberté, tant qu'elles ne font que régler leurs intérêts privés.

« Le principe est universel de sa nature, car il découle de l'essence même des conventions, et du but dans lequel la loi les sanctionne. »

Weiss ⁽⁴⁾ :

« La loi (l'art. 1134 du Code Civil) proclame l'autonomie des parties contractantes ; elle leur permet de régler à leur gré dans les limites de la capacité qu'elle leur reconnaît, de l'ordre public et des bonnes mœurs, leurs relations juridiques, de disposer de leur patrimoine, de créer des obligations. Rien ne les empêche de s'en rapporter, par une disposition formelle, aux dispositions d'une loi étrangère, qu'elles incorporent à leur convention en se l'appropriant. »

Fiore ⁽⁵⁾ :

« ...l'obligation ne peut être localisée dans l'espace, elle dépend d'actes fugitifs de volonté, et pour les subordonner à une loi ou à une autre, il est nécessaire de se fonder sur la libre soumission des parties... Comme règle générale, on peut dire que tout doit dépendre de la loi à laquelle les parties se sont soumises en s'obligeant. »

Les auteurs cités ci-dessus sont, nous semble-t-il, pleinement représentatifs du droit international privé européen au

(3) *Droit civil international*, 2, p. 381.

(4) *Traité élémentaire* (1885), p. 796. Ultérieurement Weiss semble avoir quelque peu modifié son point de vue. Il déclare (*Traité théorique et pratique*, 3, p. 128), sans y insister d'ailleurs, que l'autonomie vaut dans le domaine « qui dépend du libre arbitre des contractants », et cite un fragment de Pillet sur les lois impératives.

(5) *Droit international privé* (trad. Pradier-Fodéré), p. 398.

xix^e siècle, et les extraits tirés de leurs œuvres suffisamment explicites pour pouvoir se passer de commentaires (^{5 bis}). Cette doctrine est facile à résumer : mises à part les questions de forme et de capacité, la volonté des contractants régit la validité des conventions de façon absolue. En fait, cette primauté incontestée de la volonté individuelle était en pleine harmonie avec les principes de libéralisme et d'individualisme en honneur au siècle passé. En droit positif, la loi d'autonomie a été sanctionnée à des degrés divers par les législateurs ou les juges du monde entier.

A la fin du xix^e siècle cependant, une réaction se dessine contre la théorie molinienne (⁶). Amorcée par Brocher (⁷), l'opposition doctrinale contre la loi d'autonomie est nettement formulée par von Bar (⁸). Selon cet auteur, avant que les parties puissent faire choix d'une loi applicable, il faut savoir quelle loi leur permet de faire ce choix, et dans quelles limites :

« Bevor wir also dem Parteiwillen sein Recht lassen, müssen wir wissen welchem territorialen Rechte wir die Schranken dieses Parteiwillens zu entnehmen haben. »

Et il signale les conséquences absurdes d'une autonomie sans limites, au moyen de laquelle les parties pourraient, même sur le plan interne, se soustraire aux dispositions impératives du droit :

« Wäre der Parteiwille für die Bestimmung des territorialen Rechtes im Obligationenrecht entscheidend, so könnten die Parteien ja einfach für einen... vollständig dem Inlande angehörenden Vertrag irgend ein beliebiges ausländisches Recht für massgebend erklären und so den Vertrag jeder beschränkenden Vorschrift der inländischen Gesetzgebung willkürlich entziehen. Das wird niemand als richtig anerkennen wollen. »

(5 bis) Pour d'autres représentants de la doctrine du XIX^e siècle, V. les nombreuses citations de Dreyfus. *L'acte juridique en droit privé international*, p. 31, n. 1.

(6) M. de Szaszy (*La théorie de l'autonomie dans les obligations en droit international privé*, *Rev. critique*, 1934, p. 676) note une première réaction contre la théorie de l'autonomie en 1856 déjà, dans l'œuvre du jurisconsulte autrichien Unger.

(7) Cf. Sauser-Hall, *Le droit applicable aux obligations en droit international privé*, *Zeitsch. f. schw. Recht*, N. F. 44, p. 280a.

(8) *Theorie und Praxis des internationalen Privatrechts*, 2, p. 4.

Les parties sont parfaitement libres, selon v. Bar, de déterminer les circonstances qui entraîneront l'application de tel ou tel droit : elles peuvent choisir leur domicile, ou le lieu de conclusion de leur contrat. Par contre, elles ne peuvent pas choisir directement le droit applicable :

« Von ihnen (les contractants) und ihrem Willem hängen ab die Umstände, unter denen ein Contract geschlossen wird, und indirect also das von diesen Umständen abhängende, den Contract beherrschende Recht, nicht aber direct das letzere. »

Le grand mouvement d'opinion doctrinale qui existe aujourd'hui contre la loi d'autonomie procède en bonne partie de la théorie de Pillet (9). Arrêtons-nous donc un instant à l'examen des idées du grand maître français, puis à celles des auteurs qui ont dans la suite, développé ses arguments. Ce que Pillet condamne dans la théorie de l'autonomie, ce n'est pas tant le principe même de l'autonomie que l'extension exagérée de son application (9^{bis}). Notre auteur remarque que dans le domaine interne, en droit des obligations, les parties ne sont libres que dans la mesure où la loi ne formule pas de règles impératives. Si la règle est dispositive, les parties peuvent l'écarter ; si la règle est obligatoire, cette faculté leur est refusée. C'est dans la transposition de cette distinction au droit international privé que consiste l'originalité du système de Pillet (d'où le nom de théorie des lois obligatoires, souvent donné à sa doctrine). Pourquoi, demande Pillet, accorder aux parties dans le commerce international une licence qu'elles ignorent dans le commerce interne ? Si le législateur estime que des dispositions impératives ou prohibitives sont nécessaires en droit interne, il est à la fois illogique et absurde que les parties puissent écarter ces dispositions sur le plan international.

(9) *Principes*, p. 429 ss. V. aussi Aubry, *Le domaine de la loi d'autonomie en droit international privé*. Clunet 23 (1896), p. 465 ss. et p. 721 ss., et spécialement p. 468 ss.

(9^{bis}) Il ne s'agit pas ici de l'extension de l'autonomie au sens du nombre des lois susceptibles d'être choisies par les parties pour régir le contrat, mais bien du nombre des parties du contrat pour lesquelles les contractants sont autorisés à choisir la loi applicable.

« Lorsqu'on se rapporte à la volonté des parties du choix de la loi applicable, écrit Pillet ⁽¹⁰⁾, on aboutit simplement à dépouiller les lois de leur caractère de lois... Une semblable tolérance est surtout à condamner parce qu'elle va à l'encontre de l'objet de notre science. Le droit international privé a pour objet d'étendre l'action du droit aux relations internationales d'ordre privé. Or, rendre facultative une règle obligatoire, c'est agir directement en sens contraire, c'est briser l'action du droit au lieu de la mesurer, c'est avouer l'impuissance de la science juridique internationale. »

En résumé, selon Pillet, se trouvent soustraites à la loi d'autonomie non seulement la capacité des contractants, la forme et les questions d'ordre public (ce qui était déjà admis avant lui), mais aussi tous les points qui dépendent de règles obligatoires. Ces questions doivent être régies par une loi parfaitement indépendante de la volonté des parties. Par contre, pour les points soumis à des lois facultatives, Pillet admet la loi d'autonomie et autorise les parties à choisir la loi qu'elles préfèrent pour régir leur contrat, comme elles pourraient le faire du reste aussi en droit interne.

Elève, puis collaborateur de Pillet, M. Niboyet a repris et développé la théorie des lois obligatoires ⁽¹¹⁾. L'originalité de la contribution de M. Niboyet nous semble résider surtout dans la façon dont il traite la question des lois facultatives. On se souvient que dans ce domaine, Pillet permettait à la loi d'autonomie de jouer son rôle traditionnel. M. Niboyet au contraire la pourchasse jusque dans ce dernier bastion ⁽¹²⁾.

(10) *Op. cit.*, p. 436 et 437.

(11) La théorie de l'autonomie de la volonté. *Rec. cours* 16, p. 5, et spécialement p. 61 ss.

(12) L'exclusion complète de l'autonomie dans la théorie des lois obligatoires est logique, car, tout bien considéré, toutes les dispositions légales sont obligatoires ; les dispositions dites supplétives le sont aussi, mais au second degré, en ce sens que faute d'une déclaration des parties en sens contraire, elles sont impérativement applicables.

En droit international privé, si les contractants ne désignent pas un droit déterminé pour régir la partie du contrat non impérativement réglée par la loi, il est illogique d'établir des présomptions de leur volonté : la loi qui régit le contrat à titre impératif devient automatiquement applicable à l'ensemble du contrat. Cf. Wigny, La règle de conflit applicable aux contrats, *Rev. dr. int. législ. comp.*, 3^e sér., 14 (1933), p. 676.

Pour lui, l'autonomie de la volonté n'existe pas ; ce qu'on a confondu avec elle n'est autre que le vieux principe de droit interne connu sous le nom de principe de la liberté des conventions. Quand les parties adoptent une loi étrangère, elles font simplement usage de cette liberté.

M. Niboyet donne l'exemple de parties qui conviennent d'adopter le droit en vigueur aux Etats-Unis ⁽¹³⁾ :

« Elles (les parties) n'ont pas fait choix de la loi américaine, ce n'est pas la loi américaine qui s'applique en tant que loi étrangère. Elles n'ont voulu que le contenu de cette loi à titre de convention des parties, c'est-à-dire de droit matériel. Elles n'ont donc pas usé de la moindre autonomie entendue au sens du pouvoir de choisir la loi compétente. »

Dans le système de M. Niboyet, la référence à une loi étrangère doit être considérée comme une de ces références, fréquentes en droit interne, à un contrat-type, établi par une chambre de commerce ou une association syndicale. En vertu du principe de la liberté des conventions, les parties peuvent insérer dans leur contrat une loi étrangère, en en recopiant point par point les dispositions : *brevitatis causa*, elles peuvent faire une référence en bloc au droit étranger. La différence de technique ne change rien à la nature juridique de l'acte.

S'appuyant sur la théorie des lois obligatoires, le mouvement d'opinion doctrinale contre la loi d'autonomie s'est développé considérablement dans tous les pays ⁽¹⁴⁾. Ainsi, il y a une dizaine d'années, l'Institut de Droit International inscrivit à son ordre du jour la question de la loi applicable aux contrats en matière impérative ⁽¹⁵⁾. Le rapporteur, M. Nolde,

(13) *Rec. cours*, 16, p. 60.

(14) V. par ex. Caleb, *Essai sur le principe de l'autonomie de la volonté en droit international privé* ; Audinet, *Du conflit des lois impératives ou prohibitives en matière de contrats*, etc.

(15) V. *Annuaire* 1925, p. 80, et le rapport supplémentaire, *Ann.* 1927, 2, p. 935. Pour la discussion de la question par l'Institut, V. *Ann.* 1925, p. 501 et 1927, 3, p. 194. L'accord se révéla du reste impossible à réaliser sur la solution à donner à notre problème, et l'Institut dut adopter la résolution suivante :

« L'Institut après avoir constaté que la profondeur des divergences de

établit très nettement la distinction entre lois impératives et lois dispositives ; c'est sur la base de cette distinction qu'il repousse de façon absolue la doctrine molinienne pour les matières soumises aux lois obligatoires, et ce point de vue rencontra l'approbation d'un grand nombre de membres de l'Institut ⁽¹⁶⁾. En matière de lois dispositives, par contre, M. Nolde admet pleinement le principe d'autonomie ⁽¹⁷⁾.

Il y a une dizaine d'années, la Société Suisse des Juristes inscrivit également la question du droit applicable aux obligations contractuelles à l'ordre du jour de sa session de Davos ⁽¹⁸⁾. Les deux rapporteurs, MM. Sauser-Hall et Fritsche, furent d'opinion qu'il fallait exclure la loi d'autonomie du domaine soumis aux lois impératives. M. Sauser-Hall reprend dans son rapport la théorie des lois obligatoires de Pillet, mais y ajoute une analyse du mécanisme d'application de la loi d'autonomie, poussée plus loin qu'on ne le fait d'habitude.

« C'est commettre une flagrante pétition de principes, écrit-il ⁽¹⁹⁾, que de soumettre la question de la validité du consentement à la loi que les parties ont présomptivement acceptée, puisque c'est l'existence même de ce contrat qui est en jeu, et puisque son annulation entraînerait du même coup l'annulation de l'accord de volonté en vertu duquel les parties avaient accepté une loi déterminée pour régir leur convention.

Nous reviendrons plus loin sur ce point, et nous verrons qu'une distinction s'impose entre le contrat proprement dit et la

vues ... démontre que la question n'est pas suffisamment mûre pour recevoir une solution immédiate, ... renonce à poursuivre cette discussion. » (*Ann.* 1927, 3, p. 336).

(16) On peut citer notamment les noms de MM. Audinet, Reuterskjöld, Jitta, Diena, Strisower, Albéric Rollin, Neumeyer, Niemeyer, Bustamente, Streit et Niboyet (*Ann.* 1925, p. 70 ss. et p. 507 ; 1927, 2, 943 et 3, p. 200). Les défenseurs de la loi d'autonomie (Lord Phillimore ; MM. Coudert, Anzilotti, Dumas, Borel et Tchéou-Wei) semblent s'être bornés à des arguments d'ordre pratique (*Ann.* 1925, p. 510).

(17) En 1908, à Florence, l'Institut avait accepté le principe de l'autonomie, pour les matières régies par des lois facultatives (V. *Projet de Florence*, Art. I. *Annuaire* 1908).

(18) V. le rapport de M. Fritsche, *Zeitsch. f. schw. Recht*, N. F., 44, p. 220a ss., et le rapport de M. Sauser-Hall, *eod. loc.* p. 278a et ss.

(19) *Eod. loc.*, p. 271a.

clause de compétence, c'est-à-dire l'accord par lequel les parties soumettent leur contrat à telle ou telle loi.

M. Fritsche partage sur la question de principe l'opinion de son co-rapporteur, et, citant V. Bar, il déclare nettement : ⁽²⁰⁾

« Es ist richtig, dass der Parteiwillen nur innerhalb des dispositiven Rechts entscheiden kann. »

La liste des auteurs qui, aujourd'hui, s'opposent à la théorie de l'autonomie est considérable, mais il ne rentre pas dans le cadre de cette étude d'en établir le recensement ⁽²¹⁾. La diversité des théories présentées par la doctrine ces 30 ou 40 dernières années est également considérable : nous pouvons néanmoins ramener la discussion théorique du sujet à deux points principaux. On aura noté en effet la différence qu'il y a entre la théorie des lois obligatoires et la théorie de M. Beale, par exemple, telle que nous l'avons vue plus haut. La distinction entre lois impératives et lois facultatives ne joue aucun rôle dans le système du maître de Harvard, alors qu'elle est à la base de la doctrine de Pillet. Néanmoins, les deux théories ont un fond commun : elles considèrent toutes deux que les droits sont créés par la loi, et non par la volonté des parties, et qu'il est absurde de permettre à cette volonté de jouer le rôle réservé au législateur.

Nous allons discuter tout d'abord la question de savoir si vraiment la théorie de l'autonomie est anti-juridique, si elle a réellement pour effet de mettre les contractants au-dessus du législateur, au-dessus même du droit. En second lieu, nous considérons l'objection tirée de la distinction entre lois impératives et lois facultatives. Nous verrons alors si M. Niboyet ne se pressait pas un peu d'enterrer la vieille doctrine moliennienne, quand il écrivait : ⁽²²⁾

(20) *Eod. loc.*, p. 223a, n. 2.

(21) V. les auteurs cités par Szaszy, *Revue Critique*, 1934, p. 686, et les auteurs cités sous note 16, *supra*.

(22) *Rec. cours*, p. 58.

« Au point de vue doctrinal, on peut considérer que la théorie classique de l'autonomie de la volonté a été absolument condamnée. Il ne reste qu'à assurer la mise au point des nouvelles idées. »

§ 2. — LA THÉORIE DE L'AUTONOMIE DANS LE CADRE DU DROIT.

Le problème de la théorie de l'autonomie de la volonté ⁽²³⁾ est un problème mal posé. Il est regrettable de voir d'éminents jurisconsultes, adversaires de la théorie molinienne, déployer une logique admirable à partir d'une donnée manifestement inexacte. A vrai dire, ce ne sont pas les adversaires, mais bien les partisans de la théorie de l'intention qui sont responsables de cette erreur de jugement. Ils posent le principe fondamental, à savoir que les parties peuvent choisir le droit applicable à leur convention ⁽²⁴⁾, ou, en d'autres termes, que leur intention est déterminante à cet égard. A la question :

« Comment la loi applicable à un contrat est-elle déterminée ? »

les auteurs du XIX^e siècle ont répondu, sans voir le danger :

« Elle est déterminée par la libre volonté des parties. »

Et c'est ainsi, semble-t-il, qu'ils arrivèrent à l'hérésie juridique formulée par Laurent : ⁽²⁵⁾

« En matière de conventions, les parties sont législateurs. »

Là, évidemment les adversaires de la loi d'autonomie avaient beau jeu. Ils déclarèrent avec raison qu'un droit ne saurait être créé que par la loi, et que la volonté des parties est abso-

(23) V. d'une façon générale, l'excellente étude de M. Wigny, La règle de conflit applicable aux contrats, *Rev. dr. int. légis. comp.*, 3^e sér., 14 (1933), p. 676 ss.

(24) Dans la discussion qui va suivre, je considérerai comme acquise l'hypothèse que les parties ont expressément désigné une loi compétente. Nous examinerons plus loin le problème qui se pose lorsque les parties n'ont pas désigné un droit particulier comme devant régir leur convention.

(25) *Droit civil international*, 2, p. 381.

lument impuissante à cet égard. Ils démontrèrent que faire de la volonté des parties un corps législatif, c'était nier l'existence même du droit. Bref, ils jetèrent l'anathème en long et en large, et triomphèrent d'autant plus facilement qu'il n'y avait sur ce terrain, aucune défense possible. Mais valait-il la peine de se donner tant de mal pour démontrer l'évidence ? Car, en définitive, qui donc pourrait se refuser à admettre que, rationnellement, seule la loi peut avoir un effet juridique, et que la volonté, si elle peut être un fait auquel la loi attache un droit, ne saurait, de par elle-même, créer ce droit ?

« La volonté, observe M. Gény ⁽²⁶⁾, n'est pas un absolu, elle ne saurait se suffire, prendre son point d'appui sur elle-même ; elle doit être soutenue par la loi. C'est cette loi qui la crée, lui donne forme et force, qui la dégage, l'interprète, la sanctionne. »

Les adversaires de la doctrine molinienne l'ont prise telle que Laurent et les autres jurisconsultes du XIX^e siècle la présentaient ⁽²⁷⁾. Ils ont présumé, à tort malheureusement, que ceux qui défendaient la fameuse doctrine en étaient les interprètes authentiques. De ce qui pourrait se ramener à une querelle de langage, ils ont fait une bataille de principes.

Essayons de poser le problème correctement. Cela suffira, nous semble-t-il, pour faire rentrer la théorie de l'autonomie dans le cadre du droit. Que signifie la règle :

« La loi applicable au contrat sera celle qu'auront choisie les parties. »

Tout simplement ceci :

« Moi, législateur, décide d'appliquer au contrat la loi qu'auront choisie les parties. »

Qui est-ce qui soumet le contrat à telle ou telle loi ? Les par-

(26) Cité par Arminjon, *Précis*, 2, p. 253.

(27) De nombreux auteurs partent de la phrase même de Laurent que j'ai citée, pour critiquer la doctrine molinienne, V. par ex. Arminjon, *Précis*, 2, p. 246 ; Audinet, *op. cit.*, p. 37, etc.

ties ? Certainement pas : c'est le droit ⁽²⁸⁾. Autrement dit, le législateur attache des conséquences juridiques à un fait ; ce fait, c'est l'accord par lequel les parties choisissent une loi, c'est-à-dire la clause de compétence légale. Par elle-même, cette clause de compétence n'est rien. L'effet juridique (application de la loi choisie) ne procède pas d'elle, mais de la loi qui la sanctionne.

Ainsi présentée, la loi d'autonomie perd ce caractère extrajuridique et proprement absurde qu'elle semble posséder si on prend à la lettre la définition de Laurent. Comme l'écrit M. Arminjon : ⁽²⁹⁾

« La doctrine qui fut longtemps classique renverse l'ordre des valeurs, elle suppose existante et légalement formée la volonté dont l'existence et le contenu sont en question, et fait dépendre de son choix réel ou fictif la loi compétente pour régler les conditions de sa formation. »

Il s'agit en effet de rétablir le véritable ordre des valeurs, c'est-à-dire de mettre le droit au premier plan, et le simple fait que constitue la volonté des parties au second ^(29 bis). En effet, quoi de plus naturel et de plus courant dans la vie juridique que de voir la loi attacher un effet juridique à une déclaration

(28) Il s'agit ici non pas seulement des codes et autres textes légaux promulgués par le pouvoir législatif d'un Etat, mais bien du droit *sensu lato*, qui comprend aussi le droit coutumier et les règles qui résultent de la jurisprudence des cours. Il n'y a pas de différence de principe entre droit codifié, droit coutumier et droit jurisprudentiel. La règle d'autonomie reste la même, que son origine soit législative, coutumière ou jurisprudentielle. Par contre, dans les Etats où la règle d'autonomie existe sans avoir été promulguée par le droit écrit, et où le principe « Judge makes law » n'est pas admis, la question de sa nature juridique est beaucoup plus ambiguë. Pour ne pas être entraînés trop loin, nous bornons à signaler cette question qui soulève, dans le domaine des sources du droit, un problème aussi difficile qu'intéressant, mais dont l'étude sortirait du cadre que nous nous sommes fixés.

(29) *Précis*, 2, p. 255.

(29 bis) Dans le même sens, Homberger, *Die obligatorischen Verträge im internationalen Privatrecht nach der Praxis des schweizerischen Bundesgerichts*, p. 24, qui écrit fort justement :

« Das Gesetz kann bestimmen dass es nur auf diejenigen Anwendung finde, die sich freiwillig seiner Herrschaft unterwerfen. Daraus folgt aber keineswegs dass es kraft des Willens des einzelnen Rechtssubjekts gilt. »

de volonté. Quand un testateur déclare laisser ses biens à telle ou telle personne, il est manifeste que les droits qui résultent d'une telle déclaration pour les héritiers testamentaires ne sont pas créés par la volonté du *de cujus*, mais bien par la loi qui autorise, limite et sanctionne les dispositions de dernière volonté. De même lorsque deux personnes concluent un contrat de vente, ces personnes ne sont juridiquement liées que parce qu'une loi déclare que :

« les conventions *légalement* formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. »

S'il n'y avait pas de loi, il n'y aurait pas d'obligation. La technique du droit international privé est la même que celle du droit privé, et comme le dit M. Wigny, ⁽³⁰⁾

« le souverain... peut, s'il lui plait, désigner directement la loi compétente. Mais il est libre aussi de s'en rapporter sur ce point à la volonté des contractants dont il ratifiera le choix. »

Cette explication semble être la seule qui permette de faire rentrer la théorie de l'autonomie de la volonté dans le cadre du droit, et qui absolve les contractants accusés d'usurpation de pouvoir législatif. M. Kayser a récemment tenté cette conciliation sur d'autres bases, qui ne me paraissent guère satisfaisantes ⁽³¹⁾. Cet auteur reconnaît que les parties ne peuvent pas, de leur seule autorité, trancher un conflit de lois.

« Il ne peut appartenir qu'au législateur, écrit-il, de déterminer l'étendue d'application des lois... c'est une prérogative de sa souveraineté qui ne peut être exercée par les parties. »

Il estime qu'en cas d'adoption d'une loi étrangère par les parties,

« ...cette loi ne vaut pas comme loi, c'est-à-dire comme organe de la puissance publique; elle ne vaut que par son objet. »

(30) *Rev. dr. int. législ. comp.*, 3^e sér., 14 (1933), p. 686.

(31) L'autonomie de la volonté en droit international privé dans la jurisprudence française. *Clunet* 58 (1931), p. 32, et spéc. p. 43 à 46.

Cette interprétation rappelle celle de M. Niboyet, pour lequel, on s'en souvient, l'adoption d'une loi étrangère était comparable à celle d'un contrat-type, établi par une Bourse de Commerce ou une association de négociants. Cette adoption, selon M. Niboyet, est possible aussi bien sur le plan international que sur le plan interne, simplement en vertu du principe de la liberté des conventions. La différence entre les deux auteurs est cependant considérable, en ce sens que M. Kayser admet l'autonomie même dans le domaine des lois impératives, contrairement aux idées de M. Niboyet et de tous les auteurs qui défendent la théorie des lois obligatoires.

Mais si la loi étrangère ne vaut pas comme loi, quelle est donc la nature du contrat, et de la désignation par les parties du droit applicable ? M. Kayser répond à cette question en interprétant l'article 1134 du Code Civil :

« Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. »

Pour notre auteur, cette formule vaut aussi bien en droit international privé qu'en droit interne : la convention fait la loi des parties.

« Il faut bien s'entendre, écrit-il, sur le sens de cette formule (l'art. 1134) ; ce n'est pas à dire que les parties créent, par delà les législations particulières des Etats, un droit commun international qui aurait sa source dans leur convention. C'est le propre de la puissance publique de créer ce droit...; en droit international privé comme en droit interne, si la convention fait la loi des parties, c'est une autre loi que celle établie par la puissance publique : ce n'est que la *loi du groupement particulier qu'ont formé les contractants* ; ce n'est pas la loi générale et impérative du groupement politique qui réunit tous les individus d'un même état. »

Laurent prétendait que la convention des parties était du droit au sens ordinaire de ce terme, et que les parties y jouaient le rôle de législateurs. Trouvant à juste titre cette solution inacceptable, M. Kayser prend le contre-pied de la théorie du grand jurisconsulte belge. Pour lui, non seulement les parties

ne sont pas législateurs, mais le contrat n'est pas du droit (toujours au sens général du mot, c'est-à-dire comme norme générale et impérative émanant de la puissance publique). Cette distinction entre « loi générale » et « loi particulière » me semble tout aussi inacceptable que la théorie de Laurent. M. Kayser semble oublier, dans la formule de l'art. 1134 du Code Civil, le mot « légalement » ⁽³²⁾. Un accord de volonté entre deux personnes n'est en lui-même qu'un phénomène psychologique, qui, à ce titre, n'intéresse pas le juriste. Le contrat (c'est-à-dire un accord de volonté *légalement* formé) est une institution juridique au même titre que le mariage ou la propriété. Le fait qu'il ne lie directement que les contractants ne change pas son caractère intrinsèque. En définitive, il est tout aussi illogique de prétendre que les parties peuvent créer du droit que de dire qu'elles peuvent être juridiquement obligées par autre chose que du droit.

L'un des points les plus délicats de la théorie molinienne est sans doute celui qui touche à la nature juridique de l'accord par lequel les parties choisissent un système juridique comme devant régir leur convention. Il faut soigneusement distinguer cet accord ^(32 bis) (clause de compétence légale, *professio juris*), du contrat principal.

Un exemple suffira à poser le problème : les parties conviennent de soumettre leur convention au droit suisse. L'une des parties demande ultérieurement que soit prononcée la nullité du contrat pour vice du consentement. Si le juge décide d'appliquer le droit suisse à la question de la validité du contrat, conformément à la *professio juris*, l'objection suivante pourra être présentée : si le contrat est frappé de nullité, la clause de compétence l'est également, et par conséquent, on ne peut décider du droit applicable par l'accord des parties, puisque c'est cet accord même dont la validité est en cause. En d'autres termes, on ne saurait appliquer la loi d'autonomie à la question de la validité du contrat sans commettre une

(32) Cf. Arminjon, *Précis*, 2, p. 253.

(32 bis) Il faut également éviter de confondre la clause de compétence légale avec la clause de compétence judiciaire ou élection de for.

pétition de principes. Ce point, en général passé sous silence par la doctrine, a cependant été relevé par quelques auteurs. Comme nous l'avons vu plus haut, M. Sauser-Hall pose très nettement le problème quand il écrit : ⁽³³⁾ :

« C'est commettre une flagrante pétition de principes que de soumettre la question de la validité du consentement à la loi que les parties ont présomptivement adoptée, puisque c'est l'existence même de ce contrat qui est en jeu, et puisque son annulation entraînerait du même coup l'anéantissement de cet accord de volonté en vertu duquel les parties avaient accepté une loi déterminée pour régir leur convention. »

De prime abord, l'objection semble décisive, et l'obstacle insurmontable ⁽³⁴⁾. La seule façon de le passer élégamment est, nous semble-t-il, de faire une distinction très nette entre le contrat proprement dit et la *professio juris* ⁽³⁵⁾, et ensuite de poser le problème de la nature juridique de cet accord ainsi isolé. On nous objectera peut-être que cette distinction entre contrat principal et clause de compétence n'est pas légitime. Nous la croyons cependant justifiée par les données de la pratique. Ainsi, dans l'exemple ci-dessus, le dol ou l'erreur alléguée par l'une des parties pourra porter sur la nature de la chose, ou sur sa qualité ; dans ce cas, il sera possible, plus, il sera probable, que l'accord préliminaire sur le droit applicable eût été le même, qu'il y ait eu dol ou non. D'autre part (mais le cas est infiniment plus rare), le dol pourra n'avoir porté que sur la *professio juris*. Mais dans la majorité des cas, l'invalidité du contrat n'infirme pas la clause de compétence.

⁽³³⁾ *Zeitsch. f. schw. Recht*, (N. F.), 44, p. 238a.

⁽³⁴⁾ V. aussi Arminjon, *Précis*, 2, p. 255 :

« Avant de rechercher à quelle loi les parties se sont référées pour régler leur acte juridique, il comporte de déterminer la loi suivant laquelle cet acte sera considéré comme valable... »

Cf. Walker, *Internationales Privatrecht*, p. 354, et Bagge, *Les conflits de lois en matière de contrats de vente de biens meubles corporels*, *Rec. cours* 25 (1928 V.), p. 124, et spéc. p. 161.

⁽³⁵⁾ Dans le même sens, Wigny (*Revue dr. int. législ. comp.*, 3^e série, 14, p. 687) :

« Le système proposé ... distingue deux conventions qui ne sont que matériellement confondues dans le cadre d'un acte unique. D'abord la clause de compétence constitue à elle seule un tout, un contrat complet dont la validité doit être examinée séparément. »

Maintenant que la *professio juris* est isolée, nous pouvons poser le problème de sa nature juridique. Pour nous, la *professio juris* est un contrat toujours soumis à la *lex fori*. Serrons de près cette proposition. Comme nous l'avons vu plus haut, et contrairement aux exagérations verbales de Laurent et consorts, c'est la loi qui a fait produire à l'accord des parties son effet juridique. Prenons une loi déterminée. Quand le législateur italien, par exemple, déclare donner effet à l'accord des parties quant au droit applicable, il conçoit forcément un contrat préalable au contrat principal, la clause de compétence légale. Mais pour juger de sa validité, le législateur doit avoir une notion de la convention, une définition du contrat : pour tout dire, il doit avoir des règles de droit des obligations. Dans quel système juridique devra-t-il puiser ces règles ? Ici, une analogie s'impose à notre esprit. Quand un législateur décide de soumettre un rapport de droit à la *lex domicilii*, un contrat à la *lex loci contractus*, un droit réel immobilier à la *lex rei sitæ*, il doit préalablement avoir une notion définie du domicile, du lieu de conclusion, de l'immeuble. En d'autres termes, c'est un problème de qualification qui se pose ici ^(35 bis). On sait que les conflits de qualifications ne peuvent pas se résoudre logiquement et que l'application de la *lex fori* s'impose. Le problème de la nature juridique de la *professio juris* est sans aucun doute un problème de qualification ; c'est donc bien à la loi du for qu'il faudra s'adresser ⁽³⁶⁾.

(35 bis) A propos de la détermination du lieu de conclusion du contrat, M. Arminjon (*Précis*, 2, p. 405) écrit ce qui suit :

« ...la seule loi dont on puisse concevoir l'application est celle où doivent être puisées les qualifications, c'est-à-dire la *lex fori*, puisqu'il s'agit ici de définir un fait, qui sert de circonstance de rattachement. Ayant été édictées pour donner forme juridique à un fait matériel, ses dispositions valent en toute hypothèse. »

Dans le même sens, cf. Pillet, *Traité pratique*, 2, N° 485. Pour nous, raisonnant de façon analogue, la clause de compétence légale est un fait servant de circonstance de rattachement, qu'il faut qualifier par application de la loi du for.

(36) Par une voie un peu différente, M. Wigny (*Rev. dr. int. lég.*, 3^e sér., 14, p. 687) arrive à un résultat identique :

« De quelle loi cet accord tire-t-il son efficacité ? Incontestablement, sa valeur juridique dépend de la règle de conflit elle-même. C'est le législateur de droit international privé qui, en adoptant le principe de l'auto-

Formulée en tenant compte des développements ci-dessus, la règle molinienne devra s'énoncer de la façon suivante :

La substance des contrats est régie par la loi désignée dans la clause de compétence légale ; la validité et les effets de la clause de compétence légale sont soumis à la loi du for.

Ainsi se trouve justifiée notre définition de la *professio juris* : contrat soumis à la *lex fori* dans tous les cas, c'est-à-dire où que le contrat ait été conclu et quels que soient le domicile et la nationalité des parties.

Il est évident que l'application de la loi d'autonomie, en se conformant à la définition ci-dessus n'est possible que si, conformément à la loi du for, l'accord préalable est valide : il n'y a alors qu'à suivre ses indications. *Quid* s'il est nul ? Il faut alors constater que la règle molinienne est insuffisante dans ce cas et recourir à une solution éventuelle (loi du lieu de conclusion, loi du lieu d'exécution, etc.), la même qu'on aura déjà adoptée pour le cas où les parties n'auront pas songé à faire une *professio juris*.

Une autre objection à la loi d'autonomie tombe également, avec notre définition de la clause de compétence légale. On se souvient que certains auteurs contestent la possibilité de limiter la liste des systèmes juridiques susceptibles d'être choisis par les parties. Ils prétendent ⁽³⁷⁾ que si les parties ont le droit de choisir la loi applicable à leur convention, leur volonté ne saurait être limitée que par elle-même, et que les cours seraient, en bonne logique, impuissantes à réglementer cette volonté toute puissante, supérieure à la jurisprudence

nomie, a promis de ratifier le choix des parties. C'est donc à lui qu'il faut demander à quelles conditions il a entendu subordonner sa sanction. »

Cf. Walker, *op. cit.*, p. 354, et, dans le même sens, Homberger, *op. cit.* p. 25) qui, à propos du droit suisse, écrit :

« Der Satz, Verträge seien nach dem Recht zu überprüfen, das die Parteien beim Geschäftsabschluss als massgebend betrachteten, ... ist zweifellos ein Satz des schweizerischen Obligationenrechts...

Weil das schweizerische Recht die Parteien ermächtigt, ihre Rechtsverhältnisse fremdem Rechte zu unterstellen, kommt fremdes Recht zur Anwendung. Den Ausgangspunkt für die Parteiweisung bildet somit die *lex fori*. »

(37) Cf. par ex. Beale, What law governs the validity of a contract ? *Harv. L. R.*, 23, p. 262.

comme elle est supérieure à la loi. Il est clair qu'une telle critique procède de cette notion de la loi d'autonomie dont nous espérons avoir montré l'inexactitude. Il va de soi que si la clause de compétence est soumise à la loi du for, cette loi peut fort bien régler cette clause de la façon qui lui plaît. Elle peut donc parfaitement frapper de nullité les *professio juris* qui excéderaient les limites par elle fixées. Ainsi, nous ne voyons rien d'illogique à cette règle du droit polonais : ⁽³⁸⁾

« Les parties peuvent soumettre leurs obligations soit à la loi nationale, soit à la loi du domicile, soit à la loi du lieu où l'acte a été passé, soit à la loi du lieu où l'obligation doit être accomplie, soit à la loi du lieu où la chose est située. »

Rien d'illogique non plus à la règle jurisprudentielle en cours aux Etats-Unis, qui limite le choix des parties à la *lex loci contractus* et à la *lex loci executionis*. Le tout est de ne pas se laisser aveugler par cette hypertrophie de l'autonomie, héritée du xix^e siècle. La volonté des contractants, en droit international privé, n'est pas au-dessus de la loi : elle est soumise à la loi, et cette dernière peut la réglementer comme elle réglemente la liberté du testateur ou du contractant, en droit privé interne.

§ 3. — LA THÉORIE DES LOIS OBLIGATOIRES.

Il nous faut revenir maintenant à la doctrine des lois obligatoires, que nous avons déjà esquissée plus haut. Suivant cette théorie, il faudrait repousser la loi d'autonomie en matière de lois impératives, sinon les lois perdraient leur caractère obligatoire sur le plan international, conséquence irrationnelle et insoutenable de la théorie molinienne. Pour reprendre les termes même de Pillet ⁽³⁹⁾, la théorie de l'autonomie

(38) Loi polonaise du 2 août 1926, Art 7. (V. *Rev. de dr. int. privé*, 23 (1928) p. 190, ou Makarow, *Die Quellen des IPR*, p. 151).

(39) *Principes*, p. 435.

« ...a poussé la jurisprudence et une part considérable de la doctrine à soumettre à la volonté des parties toutes les questions du domaine des contrats qui ne concernent pas la capacité des contractants et n'intéressent pas l'ordre public international... Tout le reste se trouve soumis à l'empire de la volonté exprimée ou présumée des contractants. Et ce reste comprend nombre de dispositions légales d'un caractère obligatoire, lesquelles se trouvent, grâce à l'application de cette méthode, dépouillées de ce caractère dans les rapports internationaux. C'est ainsi que la volonté des parties exerce une influence prépondérante en matière de vices du consentement, de prescription libératoire, ...et sur quantité d'autres points que le législateur a jugé bon de soustraire à l'action de la volonté des intéressés. »

Quelle est la nature de l'objection de Pillet ? A notre avis, elle possède, malgré ses apparences, un caractère d'ordre purement pratique. Ce point de vue devrait se discuter uniquement sur le terrain des idées sociales, politiques et autres qui président à l'élaboration des lois. Il est en effet possible de penser que si un législateur règle impérativement certains rapports de droit sur le plan interne, il devrait, sur le plan international, maintenir ce point de vue et empêcher la volonté des parties de choisir arbitrairement la législation applicable. Mais si un législateur désire donner aux parties plus de liberté sur le plan international que dans le commerce interne, libre à lui de le faire.

Comme nous le verrons plus loin avec quelque détail ⁽⁴⁰⁾, un tel cas n'est pas unique dans le droit international privé. Ainsi, en droit interne, la forme des testaments, par exemple, est réglée impérativement par la loi ; néanmoins, en matière internationale, le testateur peut choisir, avec une liberté plus ou moins étendue, le droit applicable à la validité formelle de ses dispositions de dernière volonté. C'est là une règle adoptée par de nombreux droits. Rappelons aussi la règle du droit international privé suisse en matière de droit de succession ; cette partie du droit civil est en majeure partie réglée impérativement par le droit interne : l'étranger domicilié en Suisse peut cependant, à son gré, faire régir sa succession soit par sa *lex patriæ*, soit par sa *lex domicilii*.

(40) V. *infra*, p. 158 ss.

Il nous semble donc que la théorie des lois obligatoires ne met pas en question les bases logiques de la loi d'autonomie, mais seulement son opportunité.

« Le principe de Dumoulin, écrit Pillet ⁽⁴¹⁾, est légitime, mais seulement dans son application aux conflits entre lois facultatives. Au delà, quand il s'agit de lois d'un caractère obligatoire, il perd toute raison d'être et devient rationnellement incompetent. »

Que la loi d'autonomie perde sa « raison d'être », c'est là un point digne d'être discuté. Mais ce que nous ne saurions admettre, c'est que le principe de Dumoulin puisse devenir « rationnellement incompetent ». La théorie de l'autonomie est rationnelle, en ce sens qu'elle ne heurte aucune des données logiques de cet ensemble de normes qui constituent le droit. Encore une fois, que Pillet prétende que la loi d'autonomie ne *devrait* pas être appliquée, cela est fort légitime. Mais quand il déclare qu'elle ne *peut* pas rationnellement régir la validité des contrats, il semble qu'il fait jouer à sa doctrine un rôle auquel elle ne saurait prétendre.

De plus, même placée dans le cadre que nous venons de lui assigner, la théorie des lois obligatoires n'est pas parfaitement satisfaisante. Nous estimons tout d'abord qu'on a fortement exagéré le danger que constitue, dans le domaine impératif, l'autonomie des parties. Il faut remarquer en premier lieu que les règles sur certains points très importants du droit des obligations, en matière de vices du consentement, par exemple, sont sensiblement les mêmes dans tous les droits positifs. Le nier serait sous-estimer l'influence originelle du droit romain des obligations sur les trois-quarts du monde juridique actuel ^(41 bis). Il résulte de ce fait que les contractants, dans bon nombre de cas, risquent fort de ne pas trouver de système juridique qui leur permette d'éviter les dispositions

(41) *Principes*, p. 438.

(41 bis) Sur certains points néanmoins, les divergences entre les différents droits positifs sont encore assez fortes ; nous pensons par exemple à l'importante question de la lésion.

obligatoires qu'ils désirent tourner. D'autre part, si l'on réalise que la doctrine molinienne est très répandue en droit positif, les dangers révélés par la doctrine de Pillet devraient se manifester de façon beaucoup plus frappante que ce n'est le cas en réalité.

Enfin, on peut tenter d'expliquer pourquoi les contractants sont plus libres dans les rapports internationaux que dans le domaine interne. M. Kayser a récemment tenté une intéressante explication de ce phénomène ⁽⁴²⁾. Cet auteur, au lieu de rejeter a priori les solutions du droit positif, comme le font les juristes qui s'en tiennent à la théorie des lois obligatoires, prend le droit positif tel qu'il est, et s'efforce de le comprendre et de l'expliquer. Cette attitude est à notre avis des plus louables, car elle s'efforce de nous faire sortir de l'impasse où se trouve actuellement le droit international privé, où l'on voit jurisprudence et doctrine se développer sur des plans différents, sans qu'il y ait de points de contact entre la théorie et la pratique du droit.

C'est dans le but des règles de droit que M. Kayser cherche l'explication désirée.

« On ne saurait expliquer, écrit-il, le caractère facultatif ainsi reconnu en droit international privé à certaines règles impératives du droit interne, sans faire appel *au but de ces règles*, qui, de nature à leur imposer un caractère impératif en droit interne, ne leur permet pas de conserver ce caractère en droit international privé. »

Suivant la méthode ainsi établie, M. Kayser expose, par exemple, pourquoi l'interdiction des clauses compromissaires peut devenir facultative, selon le droit international privé français, dans les relations internationales : justifiée sur le plan interne par le désir de protéger les contractants, cette prohibition empêcherait le négociant français, dans le commerce international, de conclure certains contrats, et le placerait dans une situation d'infériorité vis-à-vis de ses concurrents étrangers.

(42) L'autonomie de la volonté en droit international privé, dans la jurisprudence française. *Clunet*, 58 (1931) p. 32, et spécialement p. 45 et suivantes.

M. Kayser reconnaît, du reste, qu'il y a des applications jurisprudentielles de l'autonomie qui ne sont pas justifiées par la méthode du but des règles impératives. D'une façon générale, il établit néanmoins que si les règles impératives sont parfaitement justifiées en droit interne,

« ...transposées telles quelles dans les relations internationales, elles constitueraient au contraire autant d'entraves aux relations économiques pour ceux dont elle limite la liberté par rapport à ceux dont la législation ne connaît pas de dispositions aussi restrictives. Aussi le commerce international tend-il à s'affranchir des prohibitions particulières à un pays déterminé, pour ne rester soumis qu'à certaines règles assez générales pour être communes aux législations des divers états ⁽⁴³⁾. »

Cette justification de la loi d'autonomie sur le terrain des lois obligatoires ouvre un terrain de recherches qui peuvent devenir fructueuses. Tirée de l'observation de la pratique, elle constitue une excellente réponse à une sorte de préjugé doctrinaire dont semble imbue par certains de ses aspects la théorie des lois obligatoires.

Les idées de M. Kayser nous semblent du reste moins propres à expliquer véritablement le droit positif qu'à le justifier a posteriori. En tant qu'explication, elle fait trop crédit à l'intelligence des créateurs du droit. Législateurs et juges, en adoptant la loi d'autonomie, ne se sont pas embarrassés de ces savantes considérations ; comme le remarque M. Arminjon, ⁽⁴⁴⁾

« ...ils semblent seulement avoir accepté sans vérification une règle traditionnelle qui leur offrait une solution en apparence simple et commode, ou plutôt, un moyen de tourner la difficulté et s'épargner la recherche de la vraie solution. »

§ 4. — LA LOI D'AUTONOMIE EN DEHORS DU DOMAINE DES OBLIGATIONS CONTRACTUELLES.

La loi d'autonomie ne borne pas son activité, quoiqu'en disent les auteurs, exclusivement au domaine des obligations

(43) *Clunet* 58, p. 53.

(44) *Précis*, 2, p. 255.

contractuelles. En effet, parmi les nombreuses accusations portées à la charge de la loi d'autonomie par la doctrine, le caractère exceptionnel de cette règle est fréquemment relevé (45). N'est-il pas extraordinaire, disent les auteurs, que les parties puissent choisir la loi applicable à leur transaction, alors que dans aucun autre domaine du droit pareille liberté ne leur est accordée ? Pourquoi, demandent-ils, le droit international privé en matière d'obligations contiendrait-il, même en matière impérative, cette regrettable anomalie qu'ignorent les règles de rattachement sur le droit de famille, le droit successoral ou les droits réels. Il est de fait qu'il est très rare, en dehors du champ des obligations contractuelles, de voir un droit positif s'en remettre aux intéressés pour la détermination de la loi applicable à leurs relations juridiques. Si rares qu'elles soient, de telles dispositions existent cependant, et nous en donnerons tout d'abord comme exemple une règle du droit international privé suisse.

En droit suisse (46), la succession des étrangers domiciliés en Suisse est régie par la *lex domicilii*. Néanmoins, si ces étrangers en expriment le désir formel dans leurs dispositions de dernière volonté, leur *lex patriæ* régira leur succession. Quelle est la nature de cette règle, sinon une consécration de la loi d'autonomie, autonomie très limitée, mais indéniable. L'étranger en Suisse peut ainsi opter entre deux lois, la loi du domicile et la loi nationale. N'y a-t-il pas là une analogie frappante avec la règle qui résulte de la jurisprudence de nombreuses cours des Etats-Unis, en vertu de laquelle la *lex loci contractus* régit le contrat, à moins que les parties n'aient désigné à cet effet la *lex loci executionis*. Dans les deux cas, nous avons un exemple d'autonomie limitée, où un certain droit est applicable si les intéressés n'en préfèrent pas un autre. En outre, on

(45) V. par ex. Beale, *Har. L. R.*, 23, p. 261 ; Niboyet, *Rec. cours*, 16, p. 6 et 7.

(46) Loi fédérale du 25 juin 1891, Art. 22 :

« La succession est soumise à la loi du dernier domicile du défunt.

On peut toutefois, par une disposition de dernière volonté ou un pacte successoral, soumettre la succession à la législation du canton (pays) d'origine. »

ne niera pas que le droit successoral contienne au moins autant de dispositions impératives que le droit des obligations. Cependant, il ne semble pas que cette disposition du droit international privé suisse ait soulevé les protestations de la doctrine. On n'a pas prétendu, par exemple, que l'art. 22 de la loi du 25 juin 1891 « faisait de l'étranger domicilié en Suisse un législateur », comme on l'a dit de la loi d'autonomie, à l'égard des contractants. L'article qui autorise l'étranger domicilié en Suisse à faire régir sa succession par sa *lex patriæ* a été admis comme un judicieux compromis entre deux tendances opposées, l'une en faveur de la *lex domicilii*, l'autre en faveur de la *lex patriæ* ⁽⁴⁷⁾. Les commentaires de la Loi du 25 juin 1891 se contentent en général d'exposer le mécanisme d'application de la règle : ils ne la dénoncent pas comme une dangereuse innovation ⁽⁴⁸⁾. Meili trouve que la disposition de l'art. 22 est « extraordinairement intéressante » ; il estime même que cette formule est des plus recommandables, et il souhaite, *de lege ferenda*, de la voir devenir universelle ⁽⁴⁹⁾. Seul, M. Mölich ⁽⁵⁰⁾ semble s'être rendu compte combien ce système de la *professio juris* est nouveau, et même révolution-

(47) Cf. Mölich, Die erbrechtliche Stellung der Schweizer in Deutschland und der Deutschen in der Schweiz, p. 66.

Il faut se souvenir qu'en 1891, le droit privé suisse n'était pas unifié et aussi que les mêmes règles de droit international privé étaient applicables aux relations intercantionales et internationales. Or, dans certains cantons, plus de la moitié de la population était composée de Suisses d'autres cantons et d'étrangers. L'adoption de la *lex patriæ* (qui était demandée dans la majorité des cantons) eût donc entraîné, dans ces cantons-frontière, l'application du droit étranger à la majorité de la population. On adopta alors, en matière de compromis, le principe de la *lex domicilii*, mitigé par la possibilité d'une *professio juris* en faveur de la *lex patriæ*. Il est donc exact de dire, comme le fait M. Mölich, que l'art. 22 n'est pas le fruit de considérations théoriques, mais bien des nécessités de la pratique.

(48) Cf. Simon, Les étrangers domiciliés en Suisse, p. 170 ; Desgouttes, Essai d'interprétation du Titre III de la loi du 25 juin 1891. Des rapports de droit civil des étrangers en Suisse, *Zeitsch. f. schw. Recht*, (N. F.), 16, p. 304 et spéc. p. 376 ; Stauffer, *Das internationale Privatrecht der Schweiz*, p. 108 ; Wolf, Die civilrechtliche Stellung der Ausländer in der Schweiz, nach dem B.G. vom 25 Juni 1891, *Zeitsch. f. schw. Recht*, (N.F.), 13, p. 1 et p. 319, et spéc. p. 332 ; Petitpierre, Le droit applicable à la succession des étrangers domiciliés en Suisse, p. 11 ss..

(49) *Das internationale Zivil- und Handelsrecht*, 2, p. 125.

(50) *Op. cit.*, p. 65 ss.

naire ; il ne manque pas de signaler, sans la critiquer d'ailleurs, cette intrusion de la loi d'autonomie dans un domaine de droit impératif.

« Die Schweiz, écrit-il, verliesst damit den Grundsatz der in allen Rechtsordnungen bis dahin wie ein Dogma befolgt war, dass das Erbrecht zwingendes Recht, *jus cogens*, sei, und dass dem Parteiwillen kein Einfluss eingeräumt werden dürfe, hinsichtlich der Bestimmung, welches objektive Recht für das gesamte Gebiet des Erbrechts massgebend sei. »

M. Mölich déclare aussi qu'à sa connaissance, il n'y a de dispositions analogues dans aucune législation ⁽⁵¹⁾. Je crois aussi que dans le domaine du droit successoral, la règle admise par le législateur suisse est unique, mais elle constitue néanmoins un intéressant exemple d'application de la loi d'autonomie en matière impérative, parfaitement justifiée, nous semble-t-il, en théorie comme en pratique ⁽⁵²⁾.

Le droit international privé suisse en matière successorale n'est pas le seul domaine du conflit des lois où l'on trouve la loi d'autonomie. Il en est un autre, où elle joue un rôle, moins frappant peut-être, mais tout aussi concluant : celui de la forme des actes. Et là, le droit suisse n'est pas seul en cause, mais bien la majorité des législations modernes.

La question de la forme des actes en droit international privé est dominée par le grand principe *locus regit actum*. Or, dans un grand nombre de droits positifs, et pour la majorité

(51) Le droit italien autorise le testateur à soumettre ses dispositions de dernière volonté à la législation de son choix. Cette règle est néanmoins fort différente de celle du droit suisse, car la validité du testament, en droit italien, reste impérativement soumise à la *lex patriæ*. V. C.C. italien, Intr., art. 8 et 9, al. 2.

(52) Aubry (*Le domaine de la loi d'autonomie en droit international privé*, Clunet, 1896, p. 465 ss. et 721 ss.), qui préconise l'application de la loi d'autonomie en droit successoral, ne semble pas avoir eu connaissance de la loi suisse promulguée quatre ans auparavant. De même, Pillet (*Principes*, p. 461), qui écrit :

« Par une dissidence vraiment fort bizarre, jamais l'application du principe d'autonomie n'a été faite aux successions ; jamais personne n'a prétendu qu'il y eût là une pure question d'intention, à trancher d'après ...la volonté ...du défunt. »

de la doctrine, cette règle est facultative ⁽⁵³⁾. Les intéressés peuvent choisir le droit applicable à la validité formelle de leurs actes. Il s'agit ici d'une autonomie restreinte, en ce sens que le choix des intéressés ne peut se porter que sur deux, trois ou quatre systèmes juridiques, expressément définis et désignés par la loi. L'un de ces systèmes juridiques est en général présumé applicable, faute d'intention contraire des intéressés. Ainsi, en droit allemand, la loi applicable au fond de l'acte régit aussi sa forme, mais les parties peuvent adopter la loi du lieu de passation de l'acte ⁽⁵⁴⁾. En droit japonais, l'option est limitée à la loi qui régit les effets de l'acte et à la loi du lieu de passation ⁽⁵⁵⁾, et en droit italien à la *lex loci actus* et à la *lex patriæ* commune des parties ⁽⁵⁶⁾. En matière de testaments, la législation anglaise prévoit un choix entre trois lois différentes : *lex loci actus*, *lex domicilii*, loi du *domicil of origin* ⁽⁵⁷⁾. Enfin, en droit international privé suisse, le testateur peut opter entre quatre lois : *lex loci actus*, *lex domicilii* au moment de la passation de l'acte, loi du dernier domicile, *lex patriæ* ⁽⁵⁸⁾.

Quelle est la portée et la signification de ces diverses règles de droit international privé positif ? Ne voyons-nous pas ici des particuliers choisir la loi applicable à la forme de leur testament ou de leur contrat, au moyen d'une déclaration de volonté sanctionnée par le droit positif ? Les règles sur la forme des actes ne sont-elles pas, en droit interne, strictement impératives ? N'y a-t-il pas là enfin une frappante analogie avec le droit international privé en matière d'obligations contractuelles ? M. Niboyet a remarqué également cette analogie, à propos de l'article 999 du Code Civil français. C'est ainsi qu'il écrit : ⁽⁵⁹⁾

(53) V. les exemples donnés dans Meili, *op. cit.*, 2, p. 158, et Frankenstein, *Internationales Privatrecht*, I, p. 522, Cf. Walker, *op. cit.*, p. 198 et Arminjon, *Précis*, 2, p. 177.

(54) *Einführungsgeetz zum B.G.B.*, § II.

(55) Loi du 15 juin 1898 (Ho-rei), art. 8. (Makarov, *op. cit.*, p. 84 ; Yamada, *Le droit international privé au Japon*, Clunet, 1901, p. 632).

(56) *C.C. Italien*, Intr., art. 9, al. 1.

(57) Lord Kingdown's Act (24 et 25 Vict., c. 114), art. 1 (Cf. Makarov, *op. cit.*, p. 60).

(58) Loi fédérale du 25 juin 1891, art. 24.

(59) *Rec. cours* 16, p. 6.

« ...en matière de forme du testament, l'art. 999 du Code civil français permet de tester en la forme française ou en la forme étrangère du pays de l'acte. L'individu qui exerce ce choix n'use pas du tout de l'autonomie de la volonté, car si la législation n'avait pas prévu ce choix il serait absolument impuissant à l'exercer. Il ne détermine donc pas, par lui-même, la loi qu'il pourra ou qu'il devra suivre. »

Ne disions-nous pas plus haut qu'il y avait là une querelle de langage ? Il est manifeste que M. Niboyet prend le mot « autonomie de la volonté » au sens littéral de l'expression de Laurent : « les parties sont législateurs ». Il est évident que l'individu qui exerce son choix en matière de forme de testament ne peut le faire que parce qu'une législation a prévu ce choix à son profit. Il en est exactement de même dans le domaine des obligations contractuelles. En matière de forme des testaments, la liberté des testateurs est limitée, nettement, par un acte législatif : le choix ne peut se porter, en général, que sur deux ou trois droits déterminés ; le voulût-on, il serait aisé d'en faire de même dans le domaine des conventions ⁽⁶⁰⁾. Si l'on se refuse à admettre l'autonomie en matière d'obligations contractuelles, sur la base de la théorie des lois obligatoires, il faut être logique jusqu'au bout, et la refuser également dans le domaine de la forme des actes. M. Arminjon l'a fort bien remarqué, et c'est ainsi qu'il écrit : ⁽⁶¹⁾

« L'autonomie des parties doit être restreinte aux règles de droit que considère comme supplétives la législation. Or les règles sur la forme des actes ayant pour fin d'assurer la sécurité des transactions, d'en faciliter la preuve, de prévenir les difficultés et les litiges, ne sont nullement supplétives dans aucune législation... En matière de forme, comme en toute autre

(60) Cf. Dreyfus, *L'acte juridique en droit privé international*, p. 16, n. 4. Cet auteur, adversaire de la loi d'autonomie, écrit, à propos du cas d'autonomie de la règle *locus regit actum* :

« On ne se propose pas tant d'affranchir la volonté de l'autorité de la loi que de lui accorder une certaine liberté, liberté limitée, dans le choix de la règle qui devra la régir quant à la forme extérieure de ses manifestations. »

Dans notre conception de la théorie molinienne, cette proposition pourrait s'appliquer telle quelle à la question des obligations contractuelles.

(61) *Précis*, 2, p. 184 et 185.

question qui rentre dans le domaine de la réglementation impérative, la loi compétente, en vertu des règles de rattachement de la *lex fori* s'impose donc, sans qu'il y ait lieu à tenir compte des préférences des parties. »

La règle du droit suisse sur la loi applicable en matière successorale, comme les nombreuses dispositions sur la forme des actes, montrent que le principe de l'autonomie n'est pas limité aux obligations contractuelles. Nous remarquons aussi que lorsqu'elle est judicieusement restreinte et qu'elle se plie aux nécessités pratiques, la loi d'autonomie répond aux desiderata de sécurité, de souplesse et d'équité qu'on exige d'une bonne règle de droit international privé. On sait combien la doctrine, depuis quelques décades, a dénoncé les méfaits de la théorie molinienne, comme aussi sa faiblesse scientifique. Or, dans le cas de la règle suisse qui permet au testateur d'opter entre deux lois, nous avons vu que les auteurs n'ont pas parlé d'usurpation de pouvoir législatif par les particuliers, et que la règle s'est révélée satisfaisante. Elle ne donne lieu à aucune de ces prétendues interprétations de volonté, comme la règle d'autonomie en matière de contrats. En effet, la loi du domicile est impérativement applicable, sauf intention contraire des parties, et il ressort de la jurisprudence du Tribunal Fédéral que cette intention doit être expresse ⁽⁶²⁾. Ainsi, la règle jouit de la souplesse que donne la possibilité d'une option entre deux lois, et, d'autre part, l'applicabilité impérative d'une des lois, sauf intention contraire expresse, procure toute la sécurité désirable.

Ne serait-ce donc pas, en matière de contrats, l'extension illimitée de la loi d'autonomie, comme aussi le mauvais réglage de son mécanisme d'application, qui seraient critiquables, plutôt que le principe même de la doctrine molinienne ?

§ 5. — LA JURISPRUDENCE INTERNATIONALE.

Nous croyons utile de donner ici quelques exemples d'application de la doctrine molinienne par des tribunaux interna-

(62) Cf. *A.T.F.*, 40, II, 18.

tionaux. En effet, si dans l'avenir le droit international privé devait devenir une branche du droit international, la direction prise par la jurisprudence internationale à ses débuts serait de la plus haute importance. Nous allons examiner quelques arrêts des Tribunaux Arbitraux Mixtes, ainsi que l'arrêt rendu dans l'affaire des Emprunts Serbes par la Cour Permanente de Justice Internationale.

Les Tribunaux Arbitraux Mixtes (T.A.M.) créés par les Traités de Paix forment l'une de ces juridictions internationales qui, théoriquement, auraient pu créer une jurisprudence véritablement internationale en matière de droit international privé. On sait que, d'une façon générale, cet espoir a été plutôt déçu.

« La méthode de solution des conflits de lois qui se dégage de leur jurisprudence, écrit M. Wittenberg ⁽⁶³⁾, et qui les a conduit à des solutions pratiquement acceptables, est de fondement assez faible.

Le même auteur fait néanmoins une réserve en ce qui concerne les conflits de lois en matière d'obligations contractuelles. Il écrit à ce propos : ⁽⁶⁴⁾

« Il est cependant pour les obligations en général ... un grand principe qui a reçu de la jurisprudence des T. A. M. une consécration éclatante. C'est le principe de l'autonomie de la volonté, le vieux principe de Dumoulin qui fait de la volonté des parties la source du droit applicable. »

C'est surtout au fameux arrêt *Negreanu c. Meyer* ⁽⁶⁵⁾, rendu par le T.A.M. roumano-allemand, qu'il est fait allusion. Dans cet arrêt, qui a déjà fait couler des flots d'encre doctrinale, le tribunal déclare que :

(63) *Les tribunaux arbitraux mixtes et le droit international privé*, Clunet, 1931, p. 991 ss. V. aussi Geier, *Das internationale Privatrecht der gemischten Schiedsgerichte des Versaillervertrags*, p. 79.

(64) Clunet, 1931, p. 1001.

(65) *Rec. T.A.M.*, 5, p. 200.

« ...lorsqu'un accord de volonté des intéressés ne résulte ni expressément ni tacitement du contrat, la jurisprudence de tous les pays admet, dans la règle, que le juge doit chercher la solution du conflit dans la volonté présumée des parties (théorie de l'autonomie). »

Ce jugement, confirmé par la jurisprudence ultérieure du T.A.M. roumano-allemand ⁽⁶⁶⁾, a été précédé d'un arrêt antérieur de deux ans, arrêt moins remarqué, mais tout aussi net, rendu en 1925 par le T.A.M. germano-tchécoslovaque. Dans cette dernière affaire (*Goldschmidt c. Marle Fremery et Cie*) ⁽⁶⁷⁾, le tribunal note tout d'abord que si la doctrine française se prononce en faveur de la *lex loci contractus*, la doctrine allemande se range de préférence du côté de la *lex loci executionis*. La cour continue comme suit :

« Mais — sans discuter la valeur des deux théories opposées — il faut constater qu'aucune ne prétend poser un principe absolu, et que toutes deux, au contraire, partent de l'idée que la loi applicable doit être celle à laquelle les parties auraient voulu se soumettre, le juge devant, dans chaque cas particulier, poser les circonstances qui peuvent faire présumer la volonté tacite des contractants. »

Les différents T.A.M. ont appliqué la théorie de l'autonomie dans un grand nombre de décisions ⁽⁶⁸⁾ ; la plupart d'entre elles, du reste, sont loin d'être aussi explicites que celles que nous avons vues. Souvent, ce n'est que par un simple

« Attendu que les parties ont choisi tel ou tel droit. »

ou même implicitement que la doctrine molinienne a été soutenue par les T.A.M.

Parmi les critiques les plus déterminés de cette jurisprudence, et tout particulièrement de l'arrêt *Negreanu c. Meyer*, se trouve le Professeur Niboyet ⁽⁶⁹⁾. Selon lui, la cour, dans

(66) V. par ex. : *Bejan c. Eisenwerk Kaiserslautern*, *Rec. T.A.M.*, 5, p. 235 ; *Société communale des Tramways de Bucarest c. Phœnix S.A.*, *Rec. T.A.M.*, 5, p. 218.

(67) *Rec. T.A.M.*, 3, p. 1020.

(68) V. la jurisprudence citée par Geier, *op. cit.*, p. 72 ss. et par Niboyet, *Rec. cours* 16, p. 26 ss.

(69) V. *Rec. cours* 16, p. 27, et une note doctrinale dans la *Rev. de dr. intern. privé*, 1927, p. 102.

cette dernière affaire, avait entrevu la vérité, puisqu'elle déclarait ne pas ignorer la théorie des lois obligatoires de Pillet. La jugeant intéressante *de lege ferenda*, la cour se refusa néanmoins à l'appliquer, parce que, selon elle,

« ... cette théorie suppose au juge un pouvoir que les tribunaux mixtes, dépourvus de *lex fori*, ...peuvent difficilement se reconnaître. Le T. A. M. estime donc devoir s'en tenir à la théorie généralement admise, de l'autonomie de la volonté. »

M. Niboyet trouve cette argumentation bien faible, venant d'une juridiction internationale, qui aurait dû s'abstenir

« de suivre les errements des jurisprudences nationales. »

Les T.A.M. pouvaient-ils adopter une autre solution que celle de la loi d'autonomie ? Cela ne paraît guère possible.

Du point de vue des sources du droit international, tout d'abord il faut remarquer que les T.A.M. ne trouvaient aucune solution dans des traités internationaux ou dans le droit des gens coutumier. S'adresser à la doctrine ? : ils se seraient perdu dans ce « labyrinthe d'opinions divergentes » dont parle M. Walker. Il ne leur restait plus qu'à se tourner vers cette source du droit qu'a consacré le Statut de la Cour Permanente de Justice Internationale (art. 38, ch. 3), et qui enjoint à la Cour d'appliquer :

« Les principes généraux du droit reconnus par les nations civilisées. »

Or le principe le plus généralement reconnu par les droits positifs modernes, pour le problème qui nous occupe, est indiscutablement celui de l'autonomie.

D'autre part, la remarque du T.A.M. roumano-allemand, dans l'affaire *Negreanu c. Meyer*, à propos du défaut de *lex fori* des juridictions internationales, me semble fort pertinente. Comment en effet appliquer la *lex loci contractus* ou la *lex loci solutionis*, sans qualification par une *lex fori* du lieu d'exécution ou du lieu de conclusion. Il nous paraît d'autre

part chimérique de tenter une qualification internationale d'institutions juridiques construites de façons aussi diverses par les droits positifs ⁽⁷⁰⁾.

En définitive, il semble donc que les T.A.M. ont adopté la seule solution possible pour une juridiction internationale, dans l'état actuel du droit des gens et des droits positifs nationaux.

La théorie de l'autonomie a également reçu la consécration de la Cour Permanente de Justice Internationale, dans l'affaire dite des *Emprunts Serbes* ⁽⁷¹⁾. L'argumentation de la Cour dans cette affaire a été reprise *in integro* dans l'arrêt rendu dans la cause analogue des *Emprunts Brésiliens* ⁽⁷²⁾. Dans les deux affaires, il s'agissait de savoir si les porteurs français d'emprunts serbes ou brésiliens avaient droit au paiement de leurs coupons en francs-or ou en francs-papier ⁽⁷³⁾. Voici le raisonnement de la C. P. J. I. sur le point qui nous intéresse, celui de la loi applicable au contrat entre l'Etat Serbe et ses prêteurs : ⁽⁷⁴⁾

« Tout contrat qui n'est pas un contrat entre états en tant que sujets du droit international, a son fondement dans une loi nationale. La question de savoir quelle est cette loi fait l'objet de la partie du droit qu'aujourd'hui on désigne le plus souvent sous le nom de droit international privé, ou théorie du conflit des lois. Les règles en peuvent être communes à plusieurs états, ou même être établies par des conventions internationales ou des coutumes, et dans ce dernier cas avoir le caractère d'un vrai droit international, régissant les rapports entre des états. Mais, à part cela, il y a lieu de considérer que les dites règles font partie du droit interne.

« La Cour, saisie d'un différent impliquant la question de savoir quelle est la loi qui régit les obligations contractuelles

(70) V. *infra*, p. 180, nos remarques sur la qualification internationale du *locus executionis*, entreprise par M. Nolde dans le rapport qu'il présenta à l'Institut de Droit International, sur la loi applicable aux contrats en matière impérative.

(71) Publ. de la C.P.J.I., Sér. A, nos 20, 21, p. 1 ss. ; Clunet, 1929, p. 980.

(72) Publ. de la C.P.J.I., Sér. A, nos 20, 21, p. 93 ss. ; Clunet, 1929, p. 1008.

(73) Cf. Niboyet, *Le rôle de la justice internationale en droit international privé : conflits de lois. Rec. cours* 40, p. 157 et spécialement p. 206 ss.

(74) Publ. de la C.P.J.I., Sér. A, nos 20, 21, p. 41.

dont il s'agit, ne saurait déterminer cette loi qu'en s'inspirant de la nature même de ces obligations et des circonstances qui ont accompagné leur création, sauf à tenir compte également de la volonté exprimée ou présumée des parties. C'est d'ailleurs ce que semblent devoir faire aussi les tribunaux nationaux en l'absence de règles du droit national relatives à la solution des conflits de lois. »

Le premier paragraphe ci-dessus établit que, d'une façon générale, le droit international privé est une branche du droit interne. Il me semble qu'il y a quelque contradiction entre ce paragraphe et le suivant. En effet, dans le second, la Cour déclare que la loi applicable sera déterminée en tenant compte de la nature de l'obligation, des circonstances entourant sa création et de la volonté exprimée ou présumée des parties. Quelle est la nature de cette déclaration de la Cour ? Ne pose-t-elle pas une règle de solution de conflits de lois ? Et la règle ainsi posée n'est-elle pas internationale ? Dire qu'on déterminera la loi applicable en tenant compte de la nature de l'obligation et de la volonté des parties, c'est, selon nous, poser une règle de droit. Cette règle combine deux solutions connues des jurisprudences nationales et de la doctrine. La première revient en définitive à appliquer la loi de l'état qui a les rapports les plus étroits avec le contrat. Dans la seconde, nous retrouvons tout simplement la théorie de l'autonomie et de la volonté.

Plus loin, la C.P.J.I. insiste encore sur la loi d'autonomie. Déclarant que le contrat doit être soumis au droit serbe, elle ajoute les remarques suivantes :

« ...il s'agit en l'espèce d'un état souverain, qui ne peut être présumé avoir soumis la substance de sa dette et la validité des engagements pris par lui à ce sujet à une autre loi que sa loi propre.

« Toutefois, l'état serbe aurait pu vouloir soumettre ces emprunts à une autre loi...; si cela était prouvé, rien ne saurait s'opposer. »

Le langage de la Cour nous semble remarquablement clair. Le contrat entre l'Etat serbe et les porteurs de fonds est un contrat de droit privé. Les parties sont libres de choisir la loi applicable, et si leur intention à ce sujet est manifeste, rien

ne saurait s'y opposer. Nous avons là une consécration, sinon éclatante, du moins suffisamment nette, de la théorie de l'autonomie. La Cour déclare, il est vrai, que le droit international privé est une branche du droit interne. Mais en agissant comme elle le fait, la C.P.J.I. crée du droit international privé, et qui plus est, du droit international privé international, si nous pouvons nous permettre cette affreuse expression, qu'exige le nom défectueux de notre science. En effet, la Cour ne recherche pas quelle est la loi compétente selon le droit international privé français ou serbe ; au contraire, elle détermine quelle est la loi internationalement compétente pour régir les relations de droit privé entre prêteur et emprunteur. Et cela, elle le fait en vertu d'une règle du droit international, établie par elle au moment même, et qui n'est autre que la loi d'autonomie.

★★

Nous espérons avoir établi qu'une règle rédigée de la sorte :

« Les contrats sont soumis à la loi choisie par les parties » est, d'une façon générale, parfaitement rationnelle. Il saute aux yeux néanmoins qu'une telle règle n'est pas suffisante, car elle laisse sans réponse la question : *quid* du cas où les parties n'ont pas désigné de la loi compétente ? C'est là que réside, selon nous, la pierre d'achoppement de la théorie molinienne. Ce point est du reste suffisamment évident, et il a été assez souvent relevé par la doctrine pour que nous n'ayons pas besoin d'y consacrer de longs développements.

Quand les contractants n'ont pas exprimé leur volonté quant à la loi compétente, deux phénomènes peuvent s'être produits : 1° les contractants ont eu une intention réelle, mais ils ont négligé, pour une raison ou une autre, de la manifester ; 2° les contractants n'ont eu ni opinion ni intention d'aucune sorte quant à la loi compétente ; ils n'ont tout simplement pas pensé aux questions de droit international privé soulevées par leur contrat. Des deux cas, le second est de beaucoup le plus fréquent.

On connaît la solution apportée à ce problème par la doctrine traditionnelle. Elle recommande au juge de rechercher la volonté « tacite », ou « présumée » des parties. Quand une volonté a réellement existé, il est possible — quoique souvent non sans les plus grandes difficultés — de la découvrir, soit en examinant et en pesant les circonstances de la cause, soit en recourant à un système de présomptions. Mais comment peut-on imposer raisonnablement au juge la tâche de rechercher une volonté qui n'a jamais existé ? Il y a là ce qu'une cour américaine a appelé *a legal jugglery*, un « tour de passe-passe » juridique ⁽⁷⁵⁾. Comme l'exprime un auteur ⁽⁷⁶⁾ :

« Singulière volonté, en effet, que celle qui ne se connaît point, à qui il faut, tant elle s'ignore, de longues explications des gens de loi pour qu'en de certaines circonstances elle prenne vaguement conscience d'elle-même, et qui, alors, en demeure profondément étonnée... A côté d'une quantité infime de volonté réelle, les juges doivent supposer une quantité énorme de volonté en fait absente. »

Sous le nom de recherche de la volonté non exprimée des parties, les cours se sont livrées à une toute autre opération. Elles ont recherché la loi qu'auraient raisonnablement choisie les parties, si on avait attiré leur attention sur le sujet au moment de la conclusion du contrat. Le « tour de passe-passe » est habile, mais ne saurait tromper des spectateurs avertis. Cette technique juridique est du reste légitime en elle-même, mais il est inexact, plus encore, il est dangereux, de la décorer du nom de théorie de l'autonomie de la volonté. La loi ne saurait accorder d'autonomie à une volonté qui n'existe pas. De plus, dans ce cas, l'habit peut faire le moine, et l'on pourrait être porté à croire qu'il s'agit vraiment d'autonomie, alors que cette technique n'a rien de commun avec la théorie molinienne.

En résumé, nous pouvons dire qu'il est logiquement impossible de faire de la loi d'autonomie une règle qui couvre le cas où les parties n'ont pas formé d'intention quant à la loi

(75) *Green c. Northwestern Trust Co*, 128 Minn. 30; 150 N.W. 229.

(76) Dereux, cité par Caleb, *op. cit.*, p. 21.

compétente. La solution traditionnelle ne peut être déduite de la doctrine molinienne. Il résulte de cette constatation que la théorie de l'autonomie ne saurait couvrir tout le champ des obligations contractuelles en droit international privé. Elle ne constitue qu'une norme partielle, une norme incomplète. Elle doit être accompagnée de règles supplémentaires, si l'on désire soumettre la validité des contrats au régime du droit. Cette règle supplémentaire, qui peut être celle de la loi du lieu de conclusion, celle de la loi du lieu d'exécution, ou n'importe quelle autre, s'appliquera automatiquement, dès que les parties n'ont pas formé d'intention.

CHAPITRE II

LES SYSTEMES DE LA LOI DU LIEU D'EXECUTION ET DE LA LOI DU LIEU DE CONCLUSION

Les systèmes de solutions des conflits de lois en matière d'obligations contractuelles autres que celui de la loi d'autonomie sont aussi nombreux que variés. Ils possèdent néanmoins une idée commune : cette idée, c'est qu'entre les différents points de rattachement que peut présenter un contrat, il faut en choisir un, et s'en servir pour rattacher tout le contrat, ou toute la partie du contrat envisagée, à un système juridique donné. Cette circonstance de rattachement pourra être le lieu de conclusion ou le lieu d'exécution du contrat, le domicile ou la nationalité des parties, le lieu de situation de la chose qui fait l'objet du contrat, etc. ⁽¹⁾. Ces circonstances de rattachement possibles sont très nombreuses, et c'est là ce qui fait la difficulté du problème. Cela tient à la nature même de l'obligation, qui n'a pas un siège dans l'espace, comme le droit de propriété immobilière, par exemple. Savigny expose des plus nettement la tâche du jurisconsulte : trouver une circonstance de rattachement qui soit *la* circonstance de rattachement. C'est ainsi qu'il écrit ⁽²⁾ :

(1) L'intention des parties, dans notre conception de la loi d'autonomie, est un point de rattachement comme les autres. Les auteurs la mettent, cependant, dans une classe à part, et nous avons jugé bon de faire de même, par respect pour la tradition.

(2) *System des heutigen römischen Rechts*, 8, p. 201.

« Erstlich hat die Obligation einen Gegenstand von unsichtbarer Natur, in Vergleichung mit dem dinglichen Recht, welches an einem sinnlich wahrnehmbaren Gegenstand, einer Sache, haftet. Wir müssen uns also jenes Unsichtbare in der Obligation erst zu verkörpern suchen. »

Voilà le problème : *verkörpern das Unsichtbare*. Les auteurs, d'une façon générale, partent de là, et construisent un système qui les mènera soit à la *lex loci contractus*, soit à la *lex patriæ debitoris*, soit à la *lex loci solutionis*, soit à la *lex domicilii debitoris*, etc.

Avant de s'aventurer dans l'une ou l'autre de ces recherches doctrinales, il convient peut-être d'examiner les bases mêmes de cette méthode. Est-il légitime de « donner un corps à l'élément invisible » de l'obligation, pour déterminer la loi applicable ?

Il faut remarquer tout d'abord que toute la technique juridique du droit international privé pourrait se résumer en cette opération. Le juge, placé devant une relation juridique, désire, pour une raison politique, économique, sociale, d'équité ou autre, ne pas faire application de la *lex fori* ⁽³⁾. Quelle loi choisir ? Le juge isolera un élément de la relation juridique, celui qui lui paraîtra le plus représentatif eu égard au caractère général de l'institution. Cet élément — nationalité, domicile, lieu d'exécution — ou point de rattachement, lui permettra de trouver la règle de rattachement, ou, en d'autres termes, la norme de droit international privé applicable au conflit.

Notons cependant que cette méthode n'est pas la seule possible. Certains auteurs prétendent en effet qu'il est arbitraire et dangereux d'isoler tel ou tel élément de la convention, pour pouvoir la rattacher à une loi territoriale. Pour eux, il faudrait examiner simultanément tous les éléments et tous les aspects du contrat, les peser, les comparer et les analyser. De cette opération se dégagerait le fait que le contrat a des rela-

(3) Il s'agit ici de la loi du for, *sensu stricto*. En effet, principalement, le juge ne peut appliquer que la *lex fori*, et il ne sort pas de son rôle en appliquant des dispositions contenues dans un droit étranger. Ces dispositions sont alors incorporées dans le droit national et en font partie au même titre que les dispositions généralement appliquées sur le plan interne.

tions plus directes, plus fortes, avec un certain état qu'avec tous les autres ; on appliquera le droit de l'état auquel le contrat est « le plus étroitement attaché » (4). En d'autres termes, on en arrive à repousser tout principe *a priori*, toute règle bien définie : c'est l'absence de principes érigée en principe, le *Prinzip der Prinziplosigkeit* (5). Cette règle peut être acceptée soit comme règle primaire, soit au contraire comme règle subsidiaire, comme solution éventuelle, à appliquer en cas de défaut de clause de compétence.

C'est dans cette dernière acception que l'entendait Roguin, dans son contre-projet à l'Institut de Droit International, en 1904 (6). Plus récemment, nous voyons M. Nussbaum préconiser la même technique. Avant de déterminer la loi applicable, il recommande d'examiner soigneusement tous les aspects de la convention (7) : la nationalité des parties, leur domicile et le lieu de leur établissement commercial, les clauses du contrat (qui répondent souvent à un type national), le lieu de conclusion, le lieu d'exécution, la langue employée dans le contrat, l'attitude des parties pendant le procès, etc. C'est par l'examen de ces divers matériaux qu'on découvrira à quel système juridique le contrat est le plus étroitement rattaché.

Il est peu probable que cette méthode, si séduisante qu'elle puisse paraître à première vue, pénètre jamais dans le droit

(4) « am stärksten verknüpft ist ». Cf. Nussbaum, *Deutsches Internationales Privatrecht*, § 34, ch. III.

(5) Cf. les auteurs cités *supra*, p. 135, n. 6.

(6) « Si les contractants n'ont en aucune façon montré quelle était leur volonté à cet égard, le juge, examinant toutes les circonstances de l'espèce, recherchera à quelle législation ils se seraient le plus probablement référés si leur attention s'était portée sur ce point.

Le juge examinera, entre autres, quel a été le lieu de la conclusion du contrat et quel est celui de son exécution. Il se préoccupera aussi du domicile et de l'indigénat des parties, surtout quand l'un ou l'autre sera le même pour tous les contractants. Il tiendra compte également de la concordance dans les solutions de deux ou plusieurs des lois en compétition.

Et finalement, le juge prendra comme règle la loi lui paraissant répondre le mieux aux circonstances du cas concret, sans être lié par aucune présomption, ni absolue, ni même relative. »

(Art. 5, al. 2, 3 et 4 du contre-projet présenté par Roguin à l'Institut, lors de la session d'Edinbourg, en 1904. V. *Annuaire* 1904 (XX), p. 77).

(7) *Op. cit.*, § 34.

positif. Elle laisse le juge et les parties sans le moindre guide pratique qui puisse les tirer d'embarras. M. Nussbaum déclare préférer les difficultés de la casuistique à l'application d'un principe erroné. C'est là, semble-t-il, un point de vue de théoricien, d'autant plus qu'un principe de droit est rarement erroné : c'est seulement son efficacité pratique qui peut être discutable.

SECTION I

LA LOI DU LIEU D'EXECUTION

En droit positif, le système de la loi du lieu d'exécution est représenté par les dispositions légales d'un certain nombre de pays d'Europe et d'Amérique Latine, ainsi que par la jurisprudence de plusieurs états, et en particulier de l'Allemagne ⁽⁸⁾.

Dans la doctrine, le plus illustre partisan de la *lex loci executionis* est sans doute Savigny. Nous allons reprendre brièvement les arguments du grand maître ⁽⁹⁾. Il faut noter tout d'abord la méthode par laquelle Savigny approche notre sujet. Pour lui, la juridiction en matière d'obligation (*Gerichtstand*) et le droit applicable au contrat proprement dit (*örtliches Recht*) sont intimement liés. Cette méthode, aujourd'hui délaissée, l'amène à appliquer les mêmes règles au for de l'obligation et au droit applicable au fond, demeurant réservé néanmoins le fait qu'en matière de juridiction, le demandeur a le choix entre le for spécial de l'obligation et le for général du domicile du défendeur.

Pour déterminer le droit applicable, Savigny, on s'en souvient, déclarait qu'il fallait donner un corps à cet élément invisible qu'est l'obligation. Il discerne dans le contrat deux faits

(8) Cf. Walker, *Internationales Privatrecht*, p. 340; Frankenstein, *Internationales Privatrecht*, 2, p. 132.

(9) *System des heutigen römischen Rechts*, 8, p. 200 ss.

visibles : la conclusion et l'exécution. Son choix, quant à la loi applicable, se trouve donc limité entre ces deux possibilités : la *lex loci contractus* et la *lex loci executionis*. La loi du lieu de conclusion est brièvement rejetée :

« Dieser (le lieu de conclusion) ist an sich zufällig, vorübergehend, dem Wesen der Obligation und ihrer fernerer Entwicklung und Wirksamkeit fremd. »

Ce sera donc le lieu d'exécution qui sera déterminant :

« Ganz anders verhält es sich mit der Erfüllung, die mit dem eigensten Wesen der Obligation zusammen fällt. Denn die Obligation besteht eben darin, dass irgend etwas, das früher in der Willkür einer Person stand, in ein Nothwendiges ; das bisher Ungewisses in ein Gewisses, verwandelt wird, und dieses nothwendig und gewiss Gewordene ist gerade die Erfüllung. Auf diese also ist die ganze Erwartung der Parteien gerichtet, und es liegt daher im Wesen der Obligation, dass der Ort der Erfüllung als Sitz der Obligation gedacht ...werde. »

Ce serait cependant donner une description incomplète du système de Savigny que de le représenter comme recommandant purement et simplement la *lex loci executionis*. En effet, il trouve sa base dans un autre principe, celui de l'autonomie de la volonté. C'est ainsi que notre auteur écrit :

« Der specielle Gerichtstand, wie das örtliche Recht der Obligationen, beruht auf einer freiwilligen Unterwerfung, die in den meisten Fällen nicht ausdrücklich erklärt wird, sondern nur aus den Umständen zu schliessen ist, eben deshalb aber durch eine entgegengesetzte ausdrückliche Erklärung der Parteien ausgeschlossen wird. »

Plus loin ⁽¹⁰⁾, Savigny insiste sur le fait que la loi du lieu d'exécution est inapplicable en cas d'intention contraire des parties.

« Das angegebene örtliche Recht tritt ...zurück, wenn die Vermuthung der freiwilligen Unterwerfung ausgeschlossen wird durch eine ausdrückliche abweichende Erklärung. »

(10) *Op. cit.*, 8, p. 248.

Deux ou trois points, dans la doctrine de Savigny, doivent retenir notre attention ⁽¹¹⁾. Tout d'abord quant à la nature de sa règle : la solution savignienne est une solution éventuelle, une règle subsidiaire à la loi d'autonomie. Si les parties ont désigné la loi applicable à leur convention, elle s'efface automatiquement. Savigny comprend donc la règle de la *lex loci solutionis* de la même façon que la plupart des cours américaines. Pour lui comme pour les juges américains, la loi du lieu de conclusion ne se conçoit que dans le cadre du grand principe qui laisse à la volonté des parties le soin de déterminer la loi applicable. En effet, non seulement la loi du lieu de conclusion, en tant que règle subsidiaire, laisse la primauté au principe d'autonomie, mais c'est dans ce principe qu'elle trouve encore son fondement et sa raison d'être. Elle est basée sur la doctrine molinienne, car on la donne comme une présomption de la volonté des contractants. Elle dérive de l'hypothèse, pour le moins discutable, que si les contractants avaient réfléchi au problème de droit international privé soulevé par leur convention, c'est la loi du lieu d'exécution qu'ils auraient probablement choisie. Or, comme nous le savons, rien n'est plus problématique que la vérité de cette assertion. Il y a là non une présomption raisonnable de la volonté des parties, mais une fiction qui me semble impuissante à étayer le principe de la *lex loci solutionis*.

La seconde raison donnée par Savigny à l'appui de sa théorie touche à l'importance intrinsèque et principielle de l'exécution du contrat. C'est en vue de l'exécution que les parties concluent un contrat, c'est sur elle que se concentre toute leur volonté. De l'importance de l'exécution proprement dite, il est aisé, trop aisé même, de passer à l'importance du lieu d'exécution et de conclure à l'applicabilité du droit qui règne dans ce lieu. En effet, s'il est évident que les parties s'intéressent en premier lieu à l'exécution, qui doit réaliser les effets économiques en vue desquels elles ont contracté, il ne suit pas de là que les parties s'intéressent au *locus executionis*,

(11) Pour une critique du système de Savigny, V. Walker, *op. cit.*, p. 340, et Frankenstein, *op. cit.*, 2, p. 132.

et a fortiori, à la *lex loci executionis*. Le lieu d'exécution, dans certaines affaires (paiement d'une somme d'argent, par exemple), est parfaitement indifférent, parfois il est même laissé au choix d'une des parties. Quant à la loi applicable en ce lieu, il est bien rare que les parties s'en préoccupent.

Nous trouvons aussi une intéressante défense de la *lex loci solutionis* dans le rapport de M. Nolde à l'Institut de Droit International, en 1925, sur la question qui nous intéresse ⁽¹²⁾. L'éminent jurisconsulte russe y présente une conception rajeunie de la théorie savignienne, susceptible d'une défense beaucoup plus serrée et beaucoup plus scientifique que celle de Savigny lui-même. Il faut noter tout d'abord que M. Nolde ne base pas la théorie de la loi du lieu d'exécution sur la doctrine molinienne, qu'il repousse au contraire catégoriquement. En d'autres termes, la règle Nolde est une règle primaire, et non une solution éventuelle, comme celle de Savigny. Du « System des heutigen römischen Rechts » est repris, par contre, le fragment célèbre où Savigny place au lieu de l'exécution le « siège » de l'obligation ⁽¹³⁾. Mais la partie la plus originale du rapport Nolde est celle où se trouvent discutées les objections à la loi du lieu d'exécution basées sur la notion du *locus executionis* et sur sa détermination, ainsi que le problème soulevé par la pluralité des lieux d'exécution. Au cours de notre discussion de la théorie de la loi du lieu d'exécution, nous aurons l'occasion d'examiner en détail les arguments du savant rapporteur de l'Institut.

Le premier problème qui nous intéresse est celui que pose la notion même du lieu d'exécution. En effet, dans l'application de notre règle, la détermination du lieu d'exécution est une question préalable, comme l'est dans tout problème de droit international privé la détermination du point de rattachement : nationalité, lieu de passation de l'acte, domicile, etc.

A première vue, le problème est vite résolu. Ou bien le lieu d'exécution est fixé par le contrat, et notre point de rattachement est tout trouvé, ou bien le contrat est muet à cet égard ;

(12) *Annuaire* 1925, p. 50 ss.

(13) *V. supra*, p. 177.

nous avons alors affaire à un problème de qualifications, d'où application de la *lex fori*. Dans le premier cas, d'ailleurs, il faudrait aussi faire jouer la *lex fori*, s'il y avait doute ou controverse au sujet de la désignation contractuelle du lieu d'exécution.

Cette qualification par la *lex fori* est la seule possible dans le système actuel du droit international privé positif. Elle n'est cependant pas sans inconvénient. En effet, si dans un pays, telle prestation est portable, elle pourra être quérable dans un autre. Autrement dit, même armés de la même règle de droit international privé, deux législateurs pourront faire régir le même contrat par des lois différentes : tout espoir d'unification internationale dans le domaine des obligations contractuelles s'évanouit.

M. Nolde, qui projetait une règle internationale de solution des conflits de lois, ne pouvait s'arrêter à cette solution. Il en propose une autre, plus conforme au point de vue internationaliste de notre science : au lieu de s'adresser à la *lex fori*, c'est dans le droit international privé qu'il cherche la qualification cherchée. Il s'agit bien entendu d'un droit international privé véritablement international ; M. Nolde raisonne *de lege ferenda*, et non du point de vue du droit positif, qui n'est, on le sait, qu'une branche du droit interne de chaque état.

« Rien ne s'oppose, écrit-il ⁽¹⁴⁾, à ce que cette détermination (du lieu d'exécution) ne se fasse conformément à des règles que pose le droit international privé lui-même, développant et interprétant ainsi son principe fondamental de l'application de la loi du lieu d'exécution.

Ces règles internationales se superposeront alors au droit civil interne, qui traite souvent le même problème pour ses propres besoins et pour son propre compte. »

Comme qualifications internationales, M. Nolde propose les règles suivantes : le contrat sera considéré comme devant être exécuté a) s'il s'agit du paiement d'une somme d'argent

(14) *Ann.* 1925, p. 66. V. aussi le *Rapport définitif*, *Ann.* 1925, p. 134.

— au domicile du créancier, *b*) s'il s'agit de la livraison d'une chose déterminée — au lieu où elle se trouvait au moment de la conclusion du contrat, et *c*) hors de ces cas — au domicile du débiteur ⁽¹⁵⁾.

M. Nolde justifie les règles ci-dessus en déclarant que les principes qu'elles établissent sont généralement reconnus par le droit civil moderne. Il cite à cet effet les dispositions y relevantes des codes français, allemands, suisses, italiens, etc. Si nous nous donnons la peine de vérifier cette affirmation, nous verrons qu'elle ne va pas sans soulever quelques objections. En fait, les qualifications de M. Nolde correspondent à celles d'un seul système juridique, le droit suisse (Code des Obligations, art. 74, al. 2). Le principe général de l'exécution au domicile du débiteur semble assez universellement reconnu, mais alors que les droits allemand, autrichien et suisse stipulent qu'il s'agit du domicile du débiteur au moment de la conclusion du contrat, les droits français et italien n'apportent pas la même précision ⁽¹⁶⁾. (*B. G. B.* § 269; *A. B. G. B.*, § 905/1; *C. C. fr.*, art. 1247, al. 2; *C. C. ital.*, art. 1249, al. 2.) La règle selon laquelle la prestation d'une chose certaine doit se faire au lieu où elle se trouvait au moment de la conclusion du contrat, vaut pour les droits français, italien et suisse, mais pas pour les systèmes juridiques de l'Allemagne et de l'Autriche (*C. C. fr.*, art. 1247, al. 1; *C. C. ital.*, art. 1249, al. 1; *C. O.*, art. 74, al. 2, ch. 2). Par contre, si le paiement d'une somme d'argent est portable dans les droits allemand, autrichien et suisse ⁽¹⁷⁾, il est quérable en France et en Italie, qui ne possè-

(15) *Projet Nolde*, art. 2, al. 3, Ann. 1925, p. 132.

(16) La jurisprudence française admet, au contraire, qu'il s'agit du domicile *au moment du paiement*. (Arrêt de la Cour de Cassation, 9 juillet 1895. *D.P.* 96, I, 349.)

(17) Il y a, du reste, encore une différence sur ce point entre les droits allemand, autrichien et suisse. En droit suisse, en cas de paiement d'une somme d'argent, le *lieu d'exécution* se trouve au domicile du créancier. En droit allemand, la prestation d'une somme d'argent est également portable, en vertu de l'art. 270/IV du *B.G.B.*, mais le *lieu d'exécution* reste néanmoins au domicile du débiteur, spécialement au point de vue du droit international privé. Quoique le droit autrichien ne connaisse pas de disposition analogue au § 270/IV du *B.G.B.*, la même interprétation vaut en Autriche. Cf. Frankenstein, *op. cit.*, 2, p. 135, et plus spé-

dent pas de règles spéciales à cet égard (*B. G. B.*, § 270/1; *A. B. G. B.*, § 905/2; *C. O.*, art. 74, al. 2, ch. 1).

On voit donc que la proposition de M. Nolde ne saurait être acceptée sans de sérieuses réserves, qui rendent assez problématique l'adoption internationale de son projet de convention. D'autre part, le principe même des qualifications par le droit international appelle d'assez fortes objections. On pourrait même aller jusqu'à dire que si les états arrivaient à se mettre d'accord sur ces qualifications, ils ne seraient pas loin d'accepter une unification internationale du droit des obligations, qui rendrait inutile, parce que sans objet, les règles de solution des conflits de lois.

Le plus fréquemment relevé, comme aussi le plus décisif des arguments que l'on oppose à la théorie de la loi du lieu d'exécution, est celui de la pluralité des lieux d'exécution. Il s'agit du cas, fréquent dans la pratique, où les prestations sont exécutoires dans plusieurs états différents. Ainsi, dans un contrat de vente, la marchandise est livrable en Suisse, le prix payable en France; dans un contrat de transport, l'objet transporté passera par plusieurs pays différents; un mandataire aura à gérer dans deux ou trois pays différents les affaires du mandant; un ténor s'engagera envers un impresario à chanter dans toutes les capitales d'Europe, etc. etc. Dans tous ces cas, nous n'avons pas un, mais deux ou plusieurs lieux d'exécution. Si nous appliquons la *lex loci solutionis*, nous aurons deux ou plusieurs lois applicables au contrat. Passe encore d'appliquer une loi différente aux modalités de chacune des prestations, suivant le pays où elle doit avoir lieu; mais comment apprécier la validité du contrat conformément à plusieurs législations?

On a proposé de scinder le contrat et d'examiner séparément la validité de l'obligation de chaque partie (*Zweirechts-*

cialement : sur le droit allemand, Staudinger, *Kommentar zum B.G.B.*, 9^e édit., 2, ad § 270, Rem. 4, et Oertmann, *Recht der Schuldverhältnisse*, ad § 270, Rem. 1; sur la différence entre le droit allemand et le droit suisse, Von Tuhr, *Partie générale du Code des Obligations*, 2, p. 442, n. 15, et Oser, *Das Obligationenrecht*, 2^e édit., p. 472; sur le droit autrichien, Ehrenzweig, *System des öster. allg. Privatrechts*, 2, I, 82.

system) ⁽¹⁸⁾. Cette théorie se rattache à la première conception des obligations en droit romain, où chaque contractant faisait une stipulation, indépendamment de celle de l'autre partie. Théoriquement justifiable, cette doctrine offre de gros inconvénients pratiques ⁽¹⁹⁾. Ainsi, dans un contrat de vente où le paiement doit avoir lieu dans un état et la livraison dans un autre, on pourrait en arriver à prononcer la validité de l'obligation de l'acheteur et la nullité de celle du vendeur, ou vice-versa, créant ainsi d'innombrables *negotia claudicantia*. En outre, il y a des contrats où c'est l'obligation d'une seule des parties qui est exécutoire dans plusieurs états différents. Faudrait-il alors déclarer qu'une obligation unique est partiellement nulle, partiellement valide ? L'absurdité d'une telle proposition est évidente, et n'exige pas de plus longs développements. On se souvient du reste de ce juge américain, partisan de la *lex loci solutionis*, qui la trouva cependant inapplicable dans un cas de pluralité de lieux d'exécution, et dût se résoudre à déclarer ⁽²⁰⁾ :

« Dans l'embarras où je suis, je ne crois pas que je puisse faire mieux que de retomber sur la règle générale, selon laquelle un contrat est régi par la loi du lieu où il a été conclu. »

L'« embarras » du juge américain est bien compréhensible, et à notre avis, il signe l'arrêt de mort de la théorie savignienne. Cependant, on a essayé de faire façon de cet argument décisif : la méthode proposée consiste, en cas de plu-

(18) C'est le système admis en Allemagne, cf. Nussbaum, *Deutsches Internationales Privatrecht*, p. 218, n. 3. De même en Suisse, cf. Homberger, *Die obligatorischen Verträge im internationalen Privatrecht, nach der Praxis des schweizerischen Bundesgerichts*, p. 48.

(19) En sens contraire, le Tribunal Fédéral suisse, qui prétend que « cet inconvénient est plus théorique que pratique » (*A.T.F.* 34, II, 648). Mais il faut noter qu'en droit suisse, la loi du lieu d'exécution ne vaut que pour les effets du contrat, et non pour la naissance de l'obligation, soumise à la loi du lieu de conclusion. La validité du contrat reste donc soumise à une loi unique. Cf. Homberger, *op. cit.*, p. 16 et Fritsche, *Die örtliche Rechtsanwendung auf dem Gebiet des Obligationenrechts. Zeitsch. f. schw. Recht*, (N.F.), 44, p. 220a ss.

(20) *Morgan c. New Orleans M. et T. RR. Co* (2 Woods 244, 253); V. aussi *Fish c. Delaware L. et W. RR. Co* (105 NE 661; 211 NY 374).

ralité de lieux d'exécution, à déterminer un « lieu d'exécution principal », qui sera déterminant quant à la loi applicable. M. Nolde formule ainsi cette règle ⁽²¹⁾ :

« Si le contrat comporte plusieurs obligations, ou prévoit plusieurs lieux d'exécution, il sera considéré comme soumis à la loi du lieu d'exécution de son obligation principale, caractéristique de sa nature juridique et dont dérivent les autres obligations. »

Comme exemples d'obligations principales, M. Nolde cite l'obligation de livrer la chose dans le contrat de vente, la cession du bien dans la donation, la cession de l'usage dans le bail ou dans le prêt à usage, la promesse de travail dans le contrat de travail, etc. ⁽²²⁾.

Il nous semble que cette doctrine déroge aux principes mêmes de la théorie de la loi du lieu d'exécution. En effet, M. Nolde cite le fragment de Savigny où il est dit que l'exécution concentre toute l'attention des parties, qu'elle est de l'essence même de l'obligation. Or, dans un contrat à titre onéreux, chaque partie accorde une importance égale à la contre-prestation qu'elle doit recevoir du cocontractant. Pour reprendre le premier exemple de M. Nolde, il semble que le paiement est au moins aussi important pour le vendeur que la livraison de la chose pour l'acheteur et qu'on ne saurait mettre cette dernière au premier plan, sous prétexte qu'elle est « caractéristique » du contrat.

De même, au point de vue pratique, la règle de M. Nolde soulève de grandes difficultés d'interprétation et d'application. La détermination d'une obligation principale peut être relativement aisée pour un petit nombre de contrats ; mais si l'on prend tous les contrats, l'un après l'autre, tout aussitôt, les incertitudes fourmillent. Ainsi, pour le mandat, M. Nolde propose comme lieu d'exécution principal le domicile du mandant ; raison : c'est dans ce lieu que le mandataire doit rendre

(21) Projet Nolde, art. 2, al. 4. (*Ann.* 1925, p. 132). V. aussi un système analogue dans Homberger, *op. cit.*, p. 17.

(22) *Ann.* 1925, p. 68.

compte de son mandat, selon un certain nombre de législations (entre autres le droit suisse, *C. O.*, art. 400). Notre auteur prétend échapper par là aux dangers d'une pluralité de lieux d'exécution, au cas où le mandataire aurait à gérer dans plusieurs états les affaires du mandant. Cette solution, à notre avis, est inacceptable, tout au moins dans le cadre de la théorie de la *lex loci solutionis*. Car, en définitive, est-ce vraiment sur cette obligation de rendre compte que se concentre cette *ganze Erwartung der Parteien*, dont parle Savigny ? Est-ce là qu'on peut placer le « siège » de l'obligation ? Evidemment non : les parties au contrat de mandat veulent, l'une que ses affaires soient convenablement gérées, l'autre que son activité soit rémunérée. L'obligation de rendre compte est nettement accessoire, et sa désignation comme « obligation principale », entachée d'arbitraire.

Notons d'ailleurs qu'il serait possible, et peut-être même souhaitable de faire du domicile du mandant un point de rattachement pour tout le contrat de mandat. Ce qui est arbitraire, c'est de baser une telle règle sur la théorie de la loi du lieu d'exécution.

Nombreux sont les contrats où nous retrouvons les difficultés rencontrées à l'occasion du mandat. Supposons par exemple le cas d'un Suisse qui veut se rendre à New-York par un paquebot anglais. Il prend son billet à Zurich, à une agence de la compagnie anglaise, et le paye à Zurich également. S'embarquant au Havre, il traverse directement sur New-York. Où est le lieu d'exécution principal ? Le passager exécute son obligation en Suisse, la compagnie de navigation exécute la sienne partiellement en France, partiellement en haute mer, et partiellement aux Etats-Unis. Nombre d'auteurs et de jurisprudences appliqueraient ici une loi unique, la loi du pavillon. Est-ce à dire que l'Angleterre soit le lieu d'exécution ? Certainement pas, à moins d'user d'une fiction peu élégante ; et cependant, c'est ici la loi anglaise qui est la plus normalement compétente, si l'on repousse la loi suisse, loi du lieu de conclusion. La théorie de M. Nolde, si séduisante qu'elle puisse paraître à première vue, n'arrive donc pas à surmonter

l'obstacle que constitue pour la norme savignienne, la pluralité des lieux d'exécution. Si l'on estime que la validité intrinsèque doit être soumise à une loi identique pour tous les contractants, ce qui est la seule solution équitable, il faut renoncer à l'application de la *lex loci solutionis* comme règle générale.

Un autre inconvénient de la règle de la loi du lieu d'exécution réside dans le fait qu'il est parfois impossible de déterminer le lieu d'exécution au moment de la conclusion du contrat. Supposons par exemple le cas d'une vente de marchandises, payables et livrables trois mois après la conclusion du contrat, dans un lieu à désigner par l'acheteur. Des contrats de ce genre sont assez fréquents, et répondent à certaines nécessités de la vie commerciale. Quelle est la situation au moment de la conclusion du contrat ? Le lieu d'exécution étant totalement inconnu (l'acheteur le désignera plus tard suivant l'état du marché), il est impossible aux parties de connaître le droit applicable à leur convention, et d'éviter certains cas de nullité prévus par la loi qui se trouvera plus tard être applicable. Cette incertitude initiale n'est du reste pas le seul inconvénient de la règle, dans le cas qui nous occupe. En effet, quand l'acheteur choisit ultérieurement son lieu d'exécution, il choisit en même temps le droit applicable, ce qui peut entraîner un préjudice grave pour le vendeur, soumis ainsi contre son gré à l'arbitraire de l'acheteur.

Essayons maintenant de résumer nos remarques sur la *lex loci executionis*. Au point de vue théorique, tout d'abord, cette règle est de fondement assez faible. En effet, dans tous les pays où elle a été reçue, elle ne vaut que comme règle subsidiaire à la loi d'autonomie, et comme expression de la volonté présumée des parties. Or cette base est certainement insuffisante, de même que celle qui consiste à déduire l'applicabilité de la loi du lieu d'exécution de l'importance intrinsèque de l'exécution aux yeux des parties. Au point de vue pratique, rappelons simplement que la loi applicable à la validité du contrat peut n'être pas connue lors de sa conclusion, et enfin que la règle échoue complètement en cas de pluralité de lieux d'exécution.

SECTION II

LA LOI DU LIEU DE CONCLUSION

La dernière règle de rattachement qui nous reste à examiner est celle de la *lex loci contractus*. En vertu de cette règle, le contrat est soumis à la loi du lieu dans lequel il a été conclu. Comme la *lex loci executionis*, elle peut être soit une règle absolue, soit une norme subsidiaire (solution éventuelle). Dans le premier cas, on l'applique directement ; dans le second, il faut rechercher tout d'abord si les parties n'ont pas entendu soumettre leur contrat à une autre loi ; la loi du lieu de conclusion ne vaudra qu'à défaut d'une volonté des contractants en sens contraire ⁽²³⁾.

Assez répandue dans les droits positifs ⁽²⁴⁾, cette règle se trouve sous les deux forme que nous venons de distinguer. On se souvient qu'une partie de la jurisprudence américaine l'applique comme règle absolue ; la jurisprudence du Tribunal Fédéral suisse est dans le même sens, au moins en ce qui concerne la naissance de l'obligation (validité du contrat) ⁽²⁵⁾. C'est comme règle absolue également qu'elle est préconisée aux Etats-Unis par le Professeur Beale et par l'American Law Institute, dans le Restatement du droit international privé. Par contre, dans la majorité des systèmes juridiques qui l'ont adoptée, elle ne vaut que comme solution éventuelle, subsidiairement à la loi d'autonomie. Sous cette seconde forme, elle a été consacrée législativement au Japon, en Italie et dans nombre d'autres pays ; elle domine la jurisprudence française ;

(23) D'une façon générale, c'est en effet par rapport à la loi d'autonomie que la *lex loci contractus* vaut comme règle subsidiaire. V. cependant l'art. 9, al. 2 de l'Introduction au C.C. italien, où la loi du lieu de conclusion vaut comme solution subsidiaire non seulement par rapport à la loi d'autonomie, mais encore par rapport à la loi nationale commune des parties.

(24) Cf. Walker, *Internationales Privatrecht*, p. 334 ; Frankenstein, *Internationales Privatrecht*, 2, p. 153.

(25) Cf. Homberger, *Die obligatorischen Verträge im internationalen Privatrecht, nach der Praxis des schweizerischen Bundesgerichts*, p. 51.

elle a été appliquée par de nombreuses cours américaines.

La doctrine a proposé, comme base à notre règle, des explications assez diverses. C'est ainsi qu'on l'a étayée sur des textes du droit romain, ou sur la théorie d'une soumission temporaire des contractants au droit du lieu dans lequel ils concluent une convention ⁽²⁶⁾. Le Professeur Beale donne à la loi du lieu de conclusion une base intéressante, malheureusement développée avec beaucoup de brièveté ⁽²⁷⁾. Pour lui, on s'en souvient, l'application de la *lex loci contractus* dérive du principe de la territorialité, du pouvoir du souverain de régler les actes passés sur son territoire. Les droits contractuels seraient ainsi *créés* par le droit du lieu de conclusion, puis *reconnus* par les autres systèmes juridiques. Cette explication ne nous paraît guère satisfaisante. Nous demandons, avec le Professeur Lorenzen, d'où provient cette compétence exclusive du souverain territorial ? Pas du droit international public, en tout cas, puisque actuellement encore les états sont libres de régler comme ils l'entendent leur droit international privé. On nous opposera peut-être l'analogie des droits réels immobiliers, et la compétence universellement reconnue de la *lex rei sitæ*. Il faut remarquer tout d'abord que nul état n'est obligé de faire régir ces droits par la loi du lieu de la situation. Si néanmoins cette règle est généralement adoptée, c'est qu'elle constitue une solution naturelle, nous dirions presque, instinctive. Mais entre droit réel immobilier et droit contractuel, la différence est énorme. Autant il est naturel de parler de la situation d'un immeuble et aisé de déterminer cette situation autant il est difficile de parler de la situation d'un acte juridique. Quand, de plus, il s'agit d'un contrat entre absents, la localisation devient une pure fiction juridique, fiction d'ailleurs nécessaire et utile à certains égards, mais que ne saurait justifier principiellement la compétence absolue de la loi du lieu ainsi déterminé.

En outre, cette théorie semble impliquer que la loi du lieu de conclusion jouit *proprio vigore* d'une sorte de droit à être

(26) Cf. Walker, *op. cit.*, p. 335 ss.

(27) V. *supra*, p. 110 ss.; V. aussi p. 114 ss.

reconnue en dehors de son ressort propre. Or, nous savons qu'en dehors des cas de traités internationaux, l'application d'une loi sur un territoire dépend nécessairement et uniquement de la loi de ce territoire. C'est là ce qu'exprime, de façon excellente, M. Arminjon, quand il écrit ⁽²⁸⁾ :

« Une loi est applicable en dehors du ressort du système juridique où elle a été édictée en vertu de la seule autorité du législateur qui a édicté les règles de rattachement en vigueur dans le système juridique où l'application de cette loi est demandée, et seulement dans la mesure tracée par ces règles. »

Dans la plupart des systèmes juridiques où la *lex loci contractus* a été adoptée, elle ne vaut, nous l'avons vu, que comme règle subsidiaire à la loi d'autonomie, et c'est dans la théorie molinienne qu'elle trouve ses bases scientifiques ⁽²⁹⁾. En d'autres termes, les parties sont présumées avoir choisi la loi du lieu de conclusion comme devant régir leur contrat. La question se pose de savoir à quel point cette présomption correspond à la réalité. A première vue, elle peut sembler justifiée par les données de la pratique. Ainsi, quand deux commerçants venant de pays différents se rencontrent lors d'une foire ou d'un marché, il est raisonnable de penser qu'ils ont choisi tacitement, dans les affaires qu'ils traitent, la loi en vigueur dans la foire ou le marché en question, c'est-à-dire la loi du lieu de conclusion ⁽³⁰⁾.

On ne peut néanmoins, même dans les contrats entre présents, présumer toujours avec certitude que les parties ont choisi la loi du lieu de conclusion. En effet, quand les parties ont la même nationalité ou le même domicile, il arrivera sou-

(28) *Précis*, 2, p. 255.

(29) En droit suisse, la loi du lieu de conclusion vaut comme règle absolue, pour les questions concernant la naissance du contrat ; cependant, selon M. Homberger (*op. cit.*, p. 28), il n'y a, dans la jurisprudence du Tribunal Fédéral, rien qui indique pourquoi cette règle a été choisie ni sur quelles bases elle repose.

(30) M. Frankenstein (*op. cit.*, 2, p. 158) voit dans ces contrats conclus en foire ou marché, qui étaient autrefois la règle et qui sont maintenant l'exception, l'origine historique de l'importance de la loi du lieu de conclusion, comme règle de solution des conflits de lois en matière d'obligations contractuelles.

vent que lorsqu'elles auront pensé à la *lex domicilii* ou à la *lex patriæ*. C'est là l'opinion, entre autres, du législateur italien, qui, en cas de nationalité commune des contractants, présume qu'ils ont adopté leur loi nationale.

Mais c'est dans les contrats *inter absentes* que l'explication de la règle de la *lex loci contractus* par la théorie de l'intention échoue le plus complètement. D'une façon générale, du reste, c'est à propos de ces contrats-là que la loi du lieu de conclusion soulève le plus de difficultés. En effet, dans les contrats entre personnes présentes, le lieu de conclusion, de même que la loi qui règne dans ce lieu, sont des faits évidents, et dont la détermination n'offre pas de difficultés. Dans les contrats entre absents, au contraire, la détermination du lieu de conclusion pose un problème délicat de qualification juridique. Suivant les systèmes juridiques sur lesquels on s'appuie pour trancher la question, le contrat sera considéré comme conclu dans l'endroit d'où l'acceptation a été expédiée, ou dans l'endroit où elle a été reçue. Il devient dès lors évident que dans ces cas, des contractants non versés dans le droit ne réaliseront jamais clairement dans quel endroit ils ont contracté. Présumer que dans un contrat entre absents, les parties ont tacitement adopté la loi du lieu de conclusion, c'est faire usage d'une fiction absolument arbitraire et qui ne peut servir de base scientifique à l'application de cette loi.

Il ne suffit pas qu'une règle de rattachement soit dépourvue de base théorique irréprochable pour qu'on doive l'écarter définitivement. D'autre part, on connaît dans la doctrine du droit international des constructions théoriques qui sont à la fois d'une logique impeccable et d'une totale inutilité pratique. Des deux maux, le premier est certainement le moindre, et, en dernière analyse, c'est toujours l'utilité pratique d'une règle qui devra nous servir de critère pour juger de sa valeur intrinsèque. Pour en revenir à la loi du lieu de conclusion, voyons maintenant les avantages et les inconvénients qu'elle peut présenter au point de vue pratique. Il s'agira de déterminer si notre règle à la souplesse requise pour le commerce international, si elle satisfait d'autre part aux exigences de la

sécurité transactionnelle, si elle est assez claire et précise pour être comprise même des non-juristes, si enfin il y a une certaine relation naturelle entre le droit applicable et l'institution juridique qui doit lui être soumise.

Avant d'étudier la loi du lieu de conclusion en elle-même, il faut traiter la question préalable que constitue la détermination du lieu de conclusion. Théoriquement, le problème est simple ; nous sommes en présence d'un conflit de qualifications, d'où application pure et simple de la *lex fori*. Il s'agit maintenant de savoir si au point de vue pratique, la question conserve la même simplicité.

Les contrats conclus *inter pæsentés* ne soulèvent en général pas de difficultés. La qualification donnera le même résultat dans tous les systèmes juridiques, c'est-à-dire que toutes les fois que deux personnes se seront rencontrées dans un lieu déterminé pour échanger leurs déclarations de volonté, leur contrat sera universellement considéré comme conclu dans le dit lieu. Les avantages d'une qualification internationalement uniforme sautent aux yeux : dans tous les pays qui adoptent la loi du lieu de conclusion comme règle de rattachement, les parties verront leurs relations contractuelles soumises au même droit. En d'autres termes, le droit applicable sera indépendant du for devant lequel s'ouvrira le procès qui soulève la question de droit international privé.

Il y a un cas spécial, souvent relevé par les auteurs, dans lequel la détermination du lieu de conclusion offre d'assez grandes difficultés, même dans les contrats entre présents : c'est le cas des contrats conclus dans des véhicules en marche. Ainsi, des commerçants font une convention dans l'avion Paris-Bruxelles, ou dans l'Orient-Express, au moment où celui-ci franchit le tunnel du Simplon. A moins que les contractants n'aient relevé le point exact auquel ils se sont mis d'accord, il sera impossible de déterminer si le contrat a été conclu en France ou en Belgique, en Suisse ou en Italie. Le problème est épineux, certes, mais est-il assez important pour qu'il faille s'en préoccuper ? Lors de la discussion du Restatement par l'American Law Institute, un membre posa

au rapporteur le cas d'un contrat conclu dans le tunnel qui traverse l'Hudson, entre les états de New-York et du New-Jersey. Le Professeur Beale, rapporteur, répondit simplement que le Restatement devait être une œuvre pratique, qui permette aux avocats de conseiller leurs clients, et que c'était à cette tâche-là qu'il fallait travailler, plutôt que de se préoccuper des originaux qui choisissent le tunnel de l'Hudson pour y conclure des contrats ⁽³¹⁾. Cette attitude est sans doute la seule raisonnable, et si la détermination du lieu de conclusion n'offrait pas de difficultés plus sérieuses, celui-ci constituerait sans doute le point de rattachement idéal pour les obligations contractuelles.

Dans les contrats entre absents, la détermination du lieu de conclusion est plus délicate, tout d'abord parce qu'elle n'a pas ce caractère d'évidence qu'elle possède dans les contrats entre présents, et surtout parce que les méthodes qui président à cette détermination sont loin d'être internationalement uniformes. Les contrats entre absents qu'on rencontre le plus fréquemment sont les contrats bilatéraux ordinaires, conclus par correspondance. Or, suivant les systèmes juridiques, ces contrats sont considérés comme conclus dans l'état d'où l'acceptation a été envoyée (théorie de l'émission), ou dans le lieu où l'acceptation a été reçue (théorie de la réception) ⁽³²⁾. Cette détermination étant toujours soumise à la *lex fori*, il résulte de ces divergences entre les théories sur la formation des contrats que, suivant le for devant lequel s'ouvrira le procès, le contrat sera considéré comme conclu dans des endroits différents. Autrement dit, même si la règle de la *lex loci contractus* était universellement adoptée, il n'en résulterait pas une véritable unification du droit international

(31) *American Law Institute, Proceedings*, 6, p. 460 et 462.

(32) Cf. Arminjon, *Précis*, 2, p. 404 ss. V. aussi le *Restatement*, Section 348 :

« When an offer for a bilateral contract is made in one state and an acceptance is sent from another state to the first state in an authorized manner the place of contracting is as follows :

1. ...

2. If the acceptance is made by the acceptor, the place of contracting is the state from which he sends the acceptance. »

privé en matière d'obligations contractuelles. Enfin, ces divergences dans la qualification du lieu de conclusion sont d'autant plus importantes qu'à l'heure actuelle, il est probable que la majorité des contrats qui intéressent le commerce international sont conclus par correspondance ⁽³³⁾.

Parmi les avantages que présente, au point de vue pratique, la règle de la loi du lieu de conclusion, il faut signaler le fait qu'elle est et ne saurait être qu'unique. En effet, dans n'importe quel système juridique, un contrat ne peut avoir qu'un seul lieu de conclusion, et, par conséquent, qu'une seule *lex loci contractus*. On évite donc ici les inconvénients graves que présente la loi du lieu d'exécution en cas de pluralité de lieux d'exécution. Le contrat, où tout au moins sa validité intrinsèque, est de ces institutions juridiques qui ne peuvent être démembrées pour être soumises à plusieurs droits. Or, cette condition se trouve remplie si on fait application de la loi du lieu de conclusion au problème qui nous intéresse.

Comparée à la *lex loci executionis*, la *lex loci contractus* a aussi cet avantage (au moins dans les contrats entre présents) qu'elle est immédiatement connue des parties. Ainsi, dans les cas où les parties différeront la fixation du lieu d'exécution, elles pourront savoir néanmoins immédiatement quel droit régit leur engagement. De plus, si elles désirent sur ce droit les conseils d'un homme de loi, c'est sur place qu'elles trouveront les renseignements les plus sûrs. En effet, un avocat pourra toujours donner des avis plus compétents sur le droit qu'il rencontre tous les jours, au cours de son activité professionnelle, que sur n'importe quel droit étranger.

En résumé, et pour autant qu'il s'agit de contrats *inter præsentes*, la *lex loci contractus* semble parfaite. Facilement déterminable, aisément accessible, elle offre du point de vue de la sécurité transactionnelle, toutes les garanties nécessaires. Tout au plus pourrait-on lui reprocher de n'avoir parfois que peu de rapport avec l'objet du contrat. Qu'on pense, par exemple, au cas de deux négociants d'un même pays qui se

(33) Cf. Homberger, *op. cit.*, p. 53 ; Frankenstein, *op. cit.*, 2, p. 163.

rencontrent à l'étranger, et qui font une convention dont l'objet concerne exclusivement le pays dont ils sont originaires et où ils ont leur domicile. L'application de la loi du lieu de conclusion dans un cas de ce genre semblera quelque peu arbitraire. Néanmoins, le cas n'est pas très fréquent, et on ne saurait abandonner la règle pour ce seul motif. De plus, de nombreux contrats n'ont de rapports exclusifs, ou même prédominants, avec aucun état déterminé, et la désignation de la loi applicable, quelle qu'elle soit, aura toujours quelque chose d'artificiel, ou même d'arbitraire.

Dans les contrats *inter absentes*, la loi du lieu de conclusion perd beaucoup des avantages que nous venons d'énumérer. Même si les contractants connaissent le droit applicable, l'un d'eux tout au moins aura quelque difficulté à obtenir sur ce droit tous les renseignements désirables. En outre, dans ces contrats, la loi du lieu de conclusion peut avoir encore moins de relation naturelle avec le contrat que ce n'est le cas dans les contrats entre présents. Enfin, comme nous l'avons vu plus haut à propos de la détermination du *locus contractus*, la loi applicable pourra dépendre du for devant lequel s'ouvrira un procès résultant du contrat (même si on suppose *a priori* que tous les fors possibles appliquent la *lex loci contractus*). L'incertitude est alors complète, et la règle échoue complètement.

Nous avons vu, dans la partie de ce travail consacrée à la doctrine américaine moderne, que la règle de la *lex loci contractus* est la solution préconisée par l'American Law Institute, dans le Restatement du droit international privé. Considérée comme règle du droit positif américain, la loi du lieu de conclusion perd une bonne partie des inconvénients que nous venons de signaler. Il faut se souvenir, en effet, que le droit international privé des Etats-Unis règle aussi bien les conflits de lois internationaux que les conflits entre les lois des Etats membres de l'Union, et que les mêmes normes sont appliquées à ces deux sortes de conflits. Or, parmi les affaires qui se présentent journellement devant les tribunaux américains, les conflits interprovinciaux dominant de beaucoup les conflits

internationaux, tant par le nombre que par l'importance. Si l'on applique la même règle aux deux catégories d'affaires, il va de soi qu'on devra choisir cette règle en tenant compte en tout premier lieu des conflits interprovinciaux.

On se souvient que le gros obstacle à une application satisfaisante de la *lex loci contractus* réside dans la diversité des règles sur la qualification du lieu de conclusion. Or, aux Etats-Unis, le lieu de conclusion peut être déterminé partout selon les règles du *common law*, telles qu'elles sont précisées par le Restatement. Si toutes les cours appliquent les mêmes règles à la qualification du *locus contractus*, on aboutit à ce résultat des plus appréciables que la détermination de la loi applicable devient indépendante du for devant lequel s'ouvre le procès qui soulève la question. Ainsi, il n'y aura, pour les cours de tous les Etats de l'Union, qu'un seul et même lieu de conclusion, et, par conséquent, qu'un seul et même droit applicable. L'avantage ainsi réalisé est considérable, et ne saurait en aucun cas être sous-estimé.

Un autre aspect satisfaisant de la règle de la *lex loci contractus* en droit américain, et plus particulièrement dans le système du Restatement (Section 353), réside dans le fait que tous les éléments de la validité du contrat, y compris la forme et la capacité des parties, sont régis par la même loi. Sans vouloir poser en dogme le principe de l'unicité de la loi applicable au contrat, nous croyons qu'il est cependant avantageux de ne pas soumettre des éléments d'une convention aussi intimement liés que le sont la validité intrinsèque, la validité formelle et la capacité contractuelle à trois systèmes juridiques différents. Ici aussi, l'avantage envisagé n'est concevable qu'en droit américain ; en Europe, le principe de l'application de la loi personnelle (*lex patriæ*, ou éventuellement *lex domicilii*) à la capacité juridique en général, est trop enraciné dans les différents systèmes de droit international privé pour qu'on puisse concevoir un régime spécial en matière de capacité contractuelle.

Il existe par contre un défaut de la *lex loci contractus* qui ne disparaît pas dans l'application de cette norme aux conflits

interprovinciaux américains. Ce défaut est celui qui résulte du caractère artificiel du lien établi par notre règle entre le lieu de conclusion (et le droit qui règne dans ce lieu) et le contrat proprement dit; un contrat peut en effet n'avoir aucun rapport substantiel avec le lieu de sa conclusion, tel qu'il résulte des règles sur la qualification, surtout en cas de contrats conclus par correspondance.

Pour réel que soit cet inconvénient, il ne faut néanmoins pas en exagérer la portée. En effet, dans le problème qui nous occupe, ce sont les besoins de la pratique (sécurité transactionnelle, clarté et simplicité de la règle de droit, etc.) qui doivent nous servir de critère, et non pas les innombrables concepts de justice et d'équité que peut concevoir un juriste de cabinet. Au début de ce travail déjà, nous avons déclaré que nous n'avions par la prétention de résoudre — de façon idéale et définitive — le problème de la loi applicable aux obligations. Notre point de vue n'a pas changé au cours de nos recherches : au contraire, il s'est trouvé renforcé par notre étude des solutions américaines. Nous avons pu constater que chacune avait quelques qualités, mais qu'aucune n'atteignait la perfection. D'autre part, prétendre construire de toutes pièces une solution idéale équivaldrait à confondre la science du droit avec les sciences exactes ; lorsqu'on déclare que la terre est ronde, ou que la droite est le plus court chemin d'un point à un autre, on énonce des vérités dont il serait absurde de chercher l'équivalent dans l'ordre juridique. Force nous est donc de renoncer à ces visées trop ambitieuses, et de faire application ici de l'axiome fameux posé par le Juge Brandeis, de la Cour Suprême des Etats-Unis ⁽³⁴⁾ :

« It is usually more important that a rule of law be settled, than it be settled right. »

Nous ne croyons pas déroger à ce principe en rompant encore une dernière lance en faveur de la loi d'autonomie. La norme proposée par le Restatement serait susceptible d'acquies-

(34) *Di Santo c. Pennsylvania*, 273 U. S. 34, 42 ; 47 S. Ct. 267, 270.

rir une souplesse qui lui fait défaut, si on la combinait avec la loi choisie par les parties, et cela sans perdre son caractère de *settled rule*, de règle ferme, bien établie et sans ambiguïté. Il faudrait naturellement délimiter de façon très stricte les cas d'application, ainsi que l'étendue de la loi d'autonomie. Tout d'abord, les systèmes juridiques parmi lesquels les parties peuvent choisir la loi applicable à leur convention devraient être expressément définis et limités. Mais c'est surtout la clause de compétence qu'il faudrait régler de manière rigoureuse, si l'on veut éviter les incertitudes, les complications et l'arbitraire qui s'élèvent de l'interprétation par les cours de la volonté des parties. On peut éviter ces inconvénients de façon assez simple, nous semble-t-il, en stipulant que seules des *professio juris* énoncées expressément, et soumises à la forme écrite, peuvent être prises en considération. Il suffirait de cela, croyons-nous, pour débarrasser la théorie molinienne de ses défauts traditionnels tout en lui permettant de jouer un rôle utile dans les transactions de la vie économique.

Nous ne prétendons pas que la loi du lieu de conclusion, judicieusement combinée avec la loi choisie par les parties, soit une règle universelle, idéale et définitive. Nous pensons seulement que, du point de vue américain, ce serait une assez bonne solution au problème des obligations contractuelles en droit international privé, et peut-être, étant donné les circonstances, l'une des meilleures que l'on puisse envisager pour le moment.

LISTE DES ABREVIATIONS LE PLUS FREQUEMMENT EMPLOYEES

AM. LAW INST., PROC.....	<i>American Law Institute, Pro- ceedings.</i>
ANN.	<i>Annuaire de l'Institut de Droit International.</i>
CLUNET	<i>Journal de droit international.</i>
COL. L. R.....	<i>Columbia Law Review.</i>
CORNELL L. Q.....	<i>Cornell Law Quarterley.</i>
HARV. L. R.....	<i>Harvard Law Review.</i>
ILL. L. R.....	<i>Illinois Law Review.</i>
MINN. L. R.....	<i>Minnesota Law Review.</i>
PUBL. C. P. J. I.....	<i>Publications de la Cour Perma- nente de Justice Internatio- nale.</i>
REC. COURS.....	<i>Recueil des cours de l'Académie de Droit International.</i>
REC. T. A. M.....	<i>Recueil des arrêts rendus par les Tribunaux Arbitraux Mix- tes.</i>
RÉPERTOIRE	<i>Répertoire de droit internatio- nal (publié par MM. de Lapra- delle et Niboyet).</i>
REV. CRITIQUE.....	<i>Revue critique de droit inter- national privé.</i>
REV. DR. INT. LÉG. COMP.....	<i>Revue de droit international et de législation comparée.</i>
REV. DR. INT. PR.....	<i>Revue de droit international privé.</i>
TEXAS L. R.....	<i>Texas Law Review.</i>
U. OF. PA. L. R.....	<i>University of Pennsylvania Law Review.</i>
W. VA. L. Q.....	<i>West Virginia Law Quarterley.</i>
YALE L. J.....	<i>Yale Law Journal.</i>
Z. F. SCHW. RECHT.....	<i>Zeitschrift für schweizerisches Recht.</i>

BIBLIOGRAPHIE

- AMERICAN LAW INSTITUTE. — Restatement of the law of the conflict of laws. *Proposed Final Draft* N° 2. Philadelphie, 1931.
- ANDRÉ-PRUDHOMME. — Les emprunts des Etats brésiliens et serbes devant la Cour Permanente de Justice Internationale de La Haye. *Clunet*, 1929, p. 836.
- D'ARGENTRÉ. — *Commentarii in patriæ Britonum leges, seu consuetudines generales antiquissimi ducatus Britannix*. Paris, 1621.
- ARMINJON. — L'objet et la méthode du droit international privé. *Rec. cours*, 21, p. 429.
- *Précis de droit international privé*, 2^e édition. Paris, 1927-1934 (cité : « Précis »).
- AUBRY. — Le domaine de la loi d'autonomie en droit international privé. *Clunet*, 1896, p. 465 et p. 721.
- De la notion de territorialité en droit international privé. *Clunet*, 1900, p. 689; 1901, p. 253 et p. 643; 1902, p. 209.
- AUDINET. — Du conflit des lois impératives ou prohibitives en matière de contrats. *Thèse de la Faculté de Droit de l'Université de Poitiers*. Paris, 1922.
- BAGGE. — Les conflits de lois en matière de contrats de vente de biens meubles corporels. *Rec. cours*, 25, p. 124.
- BAR (V.). — *Theorie und Praxis des internationalen Privatrechts*, 2^e édition. Hannovre, 1889.
- BARAZETTI. — *Das internationale Privatrecht des B. G. B.* Hannovre, 1897.
- BARTIN. — De l'impossibilité d'arriver à la suppression définitive des conflits de lois. *Clunet*, 1897, p. 225, p. 466, p. 720.
- La doctrine des qualifications. *Rec. cours*, 31, p. 561.
- BEALE. — *A selection of cases on the conflict of laws. With a summary of the conflict of laws*. Cambridge (Massachusetts), 1900-1902.
- *A selection of cases on the conflict of laws*, 2^e édition. Cambridge (Mass.), 1927. (Cité : « Casebook »).
- What law governs the validity of a contract ? *Harv. L. R.*, 23, p. 1, p. 79, p. 194, p. 260.
- *A treatise on the conflict of laws or private international law*. Cambridge (Mass.), 1916 (cité : « Treatise »).

- BECKETT. — What is international private law ? *British Yearbook of International law*, 1926, p. 73.
- BELLOT. — La théorie anglo-saxonne des conflits de lois. *Rec. cours*, 3, p. 95.
- BOERLIN. — Die örtliche Rechtsanwendung bei Kaufverträgen nach der Rechtssprechung des Bundes Gerichts. *Zeit. f. schw. Recht*, N. F., 33, p. 220.
- CALEB. — Essai sur le principe de l'autonomie de la volonté en droit international privé. *Thèse de l'Université de Strasbourg*. Faculté de droit et des sciences politiques. Série A, N° 35. Paris, 1927.
- CATELLANI. — *Il diritto internazionale privato e i suoi recenti progressi*. Milan, 1895-1902.
- COLOMBOS. — La conception du droit international privé d'après la doctrine et la pratique britanniques. *Rec. cours*, 36, p. 1.
- DESGOUTTES. — Essai d'interprétation du Titre III de la Loi du 25 juin 1891. Des rapports de droit civil des étrangers en Suisse. *Zeit. f. schw. Recht*, N. F., 16, p. 304.
- DICEY. — *A digest of the law of England with reference to the conflict of laws*. 5^e édition, publiée par KEITH. Londres, 1932.
- DIENA. — La conception du droit international privé d'après la doctrine et la pratique en Italie. *Rec. cours*, 17, p. 343.
- DODD. — The power of the Supreme Court to review State decisions in the field of the conflict of laws. *Harv. L. R.*, 39, p. 533.
- DREYFUS. — *L'acte juridique en droit privé international*. Paris, 1904.
- DUBOIS. — The significance in conflict of laws of the distinction between interstate and international transactions. *Minn. L. R.*, 17, p. 361.
- DUMOULIN. — *Opera*, Paris, 1681. (Caroli Molinaei Francie et Germaniæ celeberrimi jurisconsulti et in supremo Parisiorum senatu antiqui advocati omnia quæ extant opera.)
- EHRENZWEIG. — *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts*. 2^e édition. Vienne, 1928.
- FALCONBRIDGE. — Contract and conveyance in the conflict of laws. *U. of Pa. L. R.*, 81, p. 661, p. 817.
- FOELIX. — *Traité du droit international privé*. Paris, 1843.
- FOOTE. — *Private international law*. 5^e édition, publiée par BELLOT. Londres 1925.
- FRANKENSTEIN. — *Internationales Privatrecht (Grenzrecht)*. Berlin, 1929-1943.
- FRITSCHÉ. — Die örtliche Rechtsanwendung auf dem Gebiet des Obligationenrechts. *Zeit. f. schw. Recht*, N. F., 44, p. 220 a.
- GEIER. — Das internationale Privatrecht der Gemischten Schiedsgerichte des Versailler Vertrags. *Thèse* Munich, 1930.

- GÉRARDIN. — De la loi applicable en vertu de l'autonomie des parties contractantes. *Thèse de doctorat de la Faculté de Droit de l'Université de Paris*. Paris et Limoges, 1919.
- GOODRICH. — *Handbook on the conflict of laws*. Saint-Paul, 1927. (Citée : « Handbook. »)
- Conflict of laws and its restatement. *American Bar Association Journal*, 1928, p. 307, p. 395.
- *The American Law Institute ; a short summary of pertinent facts*. Philadelphie s. d. (1930).
- GREENE. — The New-York rule as to the law governing the validity of contracts. *Cornell L. Q.*, 12, p. 286.
- GUTZWILLER. — Le développement historique du droit international privé. *Rec. cours* 29, p. 287.
- HARRISON. — Le droit international privé ou le conflit des lois au point de vue historique, particulièrement en Angleterre. *Clunet*, 1880, p. 418, p. 533.
- HEILMANN. — Treatment of capacity to contract in conflict of laws cases. *W. Va L. Q.* 32, p. 102.
- HINDENBURG. — Des contrats conclus par correspondance. *Rev dr. int. législ. comp.*, 1897, p. 263.
- HOLLAND. — *The elements of jurisprudence*, 12^e édition. Oxford, 1916.
- HOMBERGER. — Die obligatorischen Verträge im internationalen Privatrecht nach der Praxis des schweizerischen Bundesgerichts. *Abhandlungen zum schweizerischen Recht, Neue Folge*, Heft 5. Berne, 1925.
- HUBER. — *Prælectiones juris civilis*. Leipzig, 1707.
- *De conflictu legum* (publié par LORENZEN), III. L. R., 13. p. 401.
- JETTEL. — *Handbuch des internationalen Privat- und Strafrechts*. Vienne et Leipzig, 1893.
- JITTA. — *La substance des obligations dans le droit international privé*. La Haye, 1906.
- KAHN. — *Abhandlungen für internationale Privatrecht* (publié par LENEL et LEWALD). Munich, 1928.
- KAYSER. — L'autonomie de la volonté en droit international privé, dans la jurisprudence française. *Clunet*, 1931, p. 32.
- KENT. — *Commentaries on American law*. New-York, 1828.
- KUHN. — La conception du droit international privé, d'après la doctrine et la pratique aux Etats-Unis d'Amérique. *Rec. cours*. 21, p. 190.
- LAINE. — *Introduction au droit international privé*. Paris, 1888.
- LAURENT. — *Droit civil international*. Bruxelles et Paris, 1881.
- LORENZEN. — *Validity and effects of contracts in the conflict of laws*. Yale L. J. 30, p. 565, p. 655; 31, p. 53.

- *The validity of wills, deeds and contracts as regards form in the conflict of laws.* Yale L. J. 20, p. 427.
- *Droit international privé des Etats-Unis d'Amérique* (traduction de Goulé). Répertoire 6, p. 269.
- *Cases on the conflict of laws, selected from decisions of English and American courts.* 3^e édition. Saint-Paul, 1932.
- *The theory of qualifications and the conflict of laws.* Col. L. R. 20, p. 247.
- *Story's Commentaries on the conflict of laws - one hundred years after.* Harv. L. R. 48, p. 15.
- McCLINTOCK. — *Conflict of laws as to contracts : Minnesota decisions.* Minn. L. R. 10, p. 498.
- *Conflict of laws as to contracts : the Restatement and Minnesota decisions compared.* Minn. L. R. 13, p. 538.
- MAKAROV. — *Die Quellen des internationalen Privatrechts.* (Die Rechtsverfolgung im internationalen Verkehr, publ. par Leske-Læwenfeld, VIII, 1^{re} partie). Berlin 1929.
- MEILI. — *Das internationale Zivil- und Handelsrecht.* Zürich 1902.
- *International civil and commercial law. Translated and supplemented with additions on American and English law by Kuhn.* New-York, 1905.
- *Argentraeus und Molinaeus, und ihre Bedeutung im internationalen Privat- und Strafrecht.* Zeitschrift für Internationales Privat- und Strafrecht, 5, p. 363, 452, 554. (tirage à part, hors commerce, Leipzig, 1896).
- MICHEL. — *La prescription libératoire en droit international privé.* Paris, 1911.
- MINOR. — *Conflict of laws, or private international law.* Boston, 1901.
- NIBOYET. — *La théorie de l'autonomie de la volonté.* Rec. cours 16, p. 1.
- *Autonomie de la volonté (Principe d').* Répertoire 6, p. 240.
- *Le rôle de la justice internationale en droit international privé.* Rec. cours 40, p. 157.
- NOLDE. — *La détermination de la loi qui doit régir les obligations contractuelles à titre impératif. Rapport à l'Institut de droit international.* Annuaire 32, p. 50. (V. aussi le Rapport complémentaire, Annuaire 33, 2, p. 940).
- NORTON. — *Handbook of the law of the bills and notes.* 4^e édition, par Moore et Wilkie, Saint-Paul, 1914.
- NUSSBAUM. — *Deutsches internationales Privatrecht. Unter besonderer Berücksichtigung des österreichischen und schweizerischen Rechts.* Tubingue, 1932.
- OERTMANN. — *Bürgerliches Gesetzbuch. Recht des Schuldverhältnisses.* Berlin 1910.

- OSER et SCHOENENBERGER. — *Das Obligationenrecht*. (volume 5 du « Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch », publié par Egger, Escher, Haab et Oser). 2^e édition, Zürich 1929.
- PERROUD. — *De la loi applicable aux conditions de validité des contrats*. Clunet, 1933, p. 289.
- PETITPIERRE. — *Le droit applicable à la succession des étrangers domiciliés en Suisse*. (Extrait du « Recueil de Travaux », offert par la Faculté de Droit de l'Université de Neuchâtel à la Société Suisse des Juristes, à l'occasion de sa réunion à Neuchâtel. 15-17 septembre 1929). Neuchâtel, 1929.
- PILLET. — *Principes de droit international privé*. Paris, 1903.
— *Traité pratique de droit international privé*. Grenoble et Paris, 1923.
- PILLET et NIBOYET. — *Manuel de droit international privé*. 2^e édition, Paris, 1928.
- POUND. — *The place of Judge Story in the making of American law. Proceedings of the Cambridge Historical Society*, 7, p. 33.
- REDSLOB. — Considérations sur le fondement du droit des gens. *Rev. dr. int. législ. comp.*, 3^e série, 14, p. 488, p. 614.
- ROBINSON. — Conflict of laws in contracts of sale. (Draft Convention of the International Law Association). *Georgetown Law Journal*, 16, p. 387.
- SAUSER-HALL. — Le droit applicable aux obligations en droit international privé. *Zeit. f. schw. Recht, N. F.*, 44, p. 271a.
- SAVIGNY. — *System des heutigen römischen Rechts*. Berlin, 1840-1848.
- SCHAEFFNER. — *Entwicklung des internationalen Privatrechts*. Francfort-sur-le-Main, 1841.
- SCHOFIELD. — *Hamlyn and C^o v. Talisker Distillery : a study in the conflict of laws*. Harv. L. R. 9, p. 371.
- SIMOND. — *Les étrangers domiciliés en Suisse*. Lausanne, 1926.
- STAUDINGER. — *Kommentar zum B.G.B.* 9^e édition. Munich, Berlin et Leipzig 1925-1931.
- STAUFFER. — *Das internationale Privatrecht der Schweiz*. Aarau 1925.
- STORY. — *Commentaries on the conflict of laws*. Boston, 1834. (8^e édition, publiée par Bigelow, Boston, 1883).
- STUMBERG. — *Conflict of laws - Validity of contracts - Texas cases*. Texas L. R. 10, p. 163.
- SURVILLE. — Etude de droit international privé. Du rôle de la volonté dans la solution des questions de droit international privé que soulève le mariage. *Revue critique de législation et de jurisprudence*, N. S., 17, p. 159, p. 241.
- SZASZY. — La théorie de l'autonomie dans les obligations en droit international privé. *Revue critique* 1934, p. 676.

- TUHR (V.). — *Partie générale du Code des obligations*. (Traduction de Thilo et de Torrenté). Lausanne, 1929-1931.
- UDINA. — *Droit international privé de l'Italie*. (Traduction de Valensi.) Répertoire 6, p. 477.
- VOET Jean. — *Ad Pandectas* (commentarius), t. I, Leyde 1698 ; t. 2, La Haye, 1704.
- VOET Paul. — *De statutis*. (De statutis eorumque concursu liber singularis.) Bruxelles, 1715.
- WALKER. — *Internationales Privatrecht*. 4^e édition. Vienne, 1926.
- WEISS. — *Traité élémentaire de droit international privé*, 2^e édition, Paris, 1890.
- WEISS. — *Traité de droit international privé*. 2^e édition, Paris, 1912.
- WESTLAKE. — *Traité de droit international privé*. (Traduction de Goulé, sur la 5^e édition, 1912). Paris, 1914.
- *Private international law*. (6^e édition, publiée par Bentwich). Londres, 1922.
- WHARTON. — *A treatise on the conflict of laws or private international law*. (3^e édition, publiée par Parmele.) Rochester (New-York), 1905.
- WIGNY. — La règle de conflit applicable aux contrats. *Rev. dr. int. législ. comp.*, 3^e série, 14, p. 676.
- *Essai sur le droit international privé américain*. Paris, 1932.
- WILLISTON. — *The law of contracts*. New-York, 1922-1929.
- WITENBERG. — *Les tribunaux arbitraux mixtes et le droit international privé*. Clunet, 1931, p. 991.
- WOLF. — *Die civilrechtliche Stellung der Ausländer in der Schweiz*, nach dem B. G. vom 25 Juni 1891. *Zeit. f. schw. Recht*, N. F., 13, p. 1, p. 319.
- YAMADA. — *Le droit international privé au Japon*. Clunet 1901, p. 632.
- ZITELMANN. — *Internationales Privatrecht*. Munich et Leipzig, 1912.

TABLE DES MATIERES

<i>Introduction</i>	7
---------------------------	---

TITRE I

L'origine historique des règles américaines sur les conflits de lois en matière d'obligations contractuelles.....	11
<i>Chapitre premier.</i> — Huber et l'école des statutaires hollandais	13
<i>Chapitre II.</i> — L'affaire <i>Robinson c. Bland</i>	25
<i>Chapitre III.</i> — Les premiers jugements américains.....	31
<i>Chapitre IV.</i> — Story et ses « Commentaries ou the conflict of laws » (1834).....	37

TITRE II

Exposé du droit positif	43
<i>Chapitre premier.</i> — Généralités.....	43
<i>Chapitre II.</i> — Questions préliminaires	53
Section I. — Les contrats conclus et exécutoires dans le même état	53
Section II. — La forme du contrat	58
Section III. — La capacité de contracter.....	60
<i>Chapitre III.</i> — La loi du lieu de conclusion régit la validité du contrat	65
<i>Chapitre IV.</i> — La loi du lieu d'exécution régit la validité du contrat	77
<i>Chapitre V.</i> — La loi choisie par les parties.....	85
Conclusions sur le droit positif.....	100

TITRE III

La doctrine moderne aux Etats-Unis.....	105
<i>Chapitre premier.</i> — Le système du Professeur Beale.....	107
<i>Chapitre II.</i> — Le système du Professeur Lorenzen.....	113
<i>Chapitre III.</i> — Quelques vues récentes de la doctrine américaine	119
<i>Chapitre IV.</i> — Le Restatement.....	127

TITRE IV

Examen critique des solutions américaines.....	133
<i>Chapitre premier.</i> — La théorie de l'autonomie de la volonté	137
§ 1. Généralités	137
§ 2. La théorie de l'autonomie dans le cadre du droit....	145
§ 3. La théorie des lois obligatoires.....	154
§ 4. La loi d'autonomie en dehors du domaine des obligations contractuelles	158
§ 5. — La jurisprudence internationale	164
<i>Chapitre II.</i> — Les systèmes de la loi du lieu d'exécution et de la loi du lieu de conclusion.....	173
Section I. — La loi du lieu d'exécution.....	176
Section II. — La loi du lieu de conclusion.....	187
<i>Abréviations</i>	199
<i>Bibliographie</i>	201
<i>Table des matières</i>	207

